

Aspectos Laborales De Los Grupos de Empresas

Germán Sánchez Tarín

Tesis Doctoral dirigida por Juan Antonio Altés Tárrega

Profesor Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultat de Dret

Univesitat de València. Estudi General

Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Marzo de 2021



Índice:

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1º: CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS	15
1 Concepto mercantil de grupo de empresas	19
2 Concepto laboral de grupo de empresas	26
CAPÍTULO 2º: TRASCENDENCIA LABORAL DEL GRUPO DE EMPRESAS.....	29
1 La regla general: la independencia jurídica.....	31
2 Algunas reglas especiales.....	47
3 Levantamiento del velo y responsabilidad solidaria	50
3.1 El fraude como elemento de responsabilidad	50
3.2 Análisis de las causas	76
3.2.1 <i>El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo</i> 76	
3.2.2 <i>La prestación de servicios a favor de las empresas del grupo</i>	93
3.2.3 <i>Confusión patrimonial o caja única</i>	111
3.2.4 <i>Abuso de la dirección unitaria</i>	121
CAPÍTULO 3º: LA INCIDENCIA DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LA RELACIÓN LABORAL.....	139
1 La contratación.....	139
1.1 Aplicación levantamiento del velo por la jurisprudencia	140
1.2 El encadenamiento de contratos	160
1.2.1 <i>El art. 15.5 et y su aplicación al grupo de empresas</i>	161
1.2.1.1 <u>El grupo de empresas como ámbito de la relación laboral</u>	163
1.2.2 <i>Requisitos al encadenamiento de contratos</i>	172
1.3 El periodo de prueba	174
1.3.1 <i>La aptitud profesional conocida</i>	176
1.3.2 <i>La unidad básica de prestación de servicios en el marco del grupo</i>	176
2 Las vicisitudes de la relación laboral	178
2.1 La movilidad de trabajadores entre las empresas del grupo	179
2.1.1 <i>Traslados y desplazamientos en el grupo de empresas</i>	179
2.2 La prestación transnacional de servicios.....	188
2.2.1 <i>El dumping social</i>	190
2.2.2 <i>La formalización de la relación transnacional</i>	192
2.2.3 <i>El régimen jurídico aplicable</i>	194
3 Extinción colectiva de los contratos	199
3.1 Ámbito de aplicación de las causas.....	200
3.1.1 <i>Causas</i>	208
3.1.2 <i>Causas económicas y productivas</i>	210
3.2 Elemento funcional de referencia.....	215
4 Información y periodo de consultas	217
4.1 Aplicación analógica del art. 87 et al periodo de consultas del grupo de empresas laboral 221	
4.2 Grupo de empresas.falta de información y documentación en la negociacion de un despido colectivo	227
4.2.1 <i>El caso particular de la sentencia de la audiencia nacional de 12 de junio de 2014</i> 235	
4.2.2 <i>Hechos probados de la sentencia</i>	236
4.2.3 <i>Impugnación de las medidas</i>	242
4.2.3.1 <u>Negociación de la medida en el marco del grupo de empresas</u>	243
4.2.3.2 <u>Incumplimiento de las obligaciones de información y documentación</u> ..	248
4.2.3.2.1 <i>El tratamiento dado por el tribunal a la falta de información y documentación conforme al art.44 et</i>	249

4.2.3.2.2	El tratamiento dado por el tribunal a la falta de información y documentación conforme al art. 51 ET	255
4.2.3.2.2.1	Falta del plan industrial	255
4.2.3.2.2.2	Falta de entrega a los representantes de los trabajadores la contabilidad real de las empresas	259
4.2.4	<i>Buena fe negocial</i>	260
4.3	Una posible alternativa al periodo de consultas	267
5	Impugnación	271
CAPÍTULO 4º: LA INCIDENCIA DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LAS RELACIONES COLECTIVAS		
	275	
1	La representación de los trabajadores en los grupos de empresa	276
1.1	La Representación unitaria de los trabajadores	276
1.1.1	<i>La representación unitaria en el ámbito del grupo de empresas. La creación convencional de un comité de grupo.</i>	278
1.1.2	<i>La representación unitaria en el ámbito del grupo de empresas. Sin la creación convencional de un comité de grupo.</i>	282
1.2	La representación sindical	284
1.2.1	<i>La representación sindical en los grupos de empresa a través de la negociación colectiva</i>	286
2	La negociación colectiva	289
2.1	La negociación colectiva grupal anterior a la entrada del RDL 7/2011	290
2.2	Negociación colectiva de grupo de empresas: el art. 87 ET	295
2.2.1	<i>Legitimación para negociar convenios colectivos en los grupos de empresa</i>	297
2.2.2	<i>Concurrencia de convenios: prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo.</i>	299
3	El derecho de huelga y los grupos de empresas	304
3.1	La vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario de la relación laboral	309
3.1.1	<i>Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010</i>	310
3.1.1.1	<u>Supuesto de hecho</u>	310
3.1.1.2	<u>Análisis de la actuación empresarial y posicionamiento del tribunal constitucional</u>	313
3.1.1.3	<u>Extensión de la responsabilidad solidaria</u>	316
3.1.1.4	<u>Conclusiones</u>	320
3.1.2	<i>La existencia de una conexión directa con la relación laboral. Sentencia del tribunal constitucional de 17 de diciembre 2007.</i>	326
3.2	Esquirolaje en el ámbito de los grupos de empresa	335
3.2.1	<i>Esquirolaje externo en los grupos de empresa</i>	337
3.2.1.1	<u>Vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario del trabajador.</u>	337
3.2.1.2	<u>Extensión de la responsabilidad solidaria</u>	340
3.2.1.3	<u>Conclusión</u>	348
3.2.2	<i>Esquirolaje interno en los grupos de empresa</i>	368
3.2.2.1	<u>Vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario del trabajador.</u>	369
3.2.2.2	<u>Conclusión</u>	379
CAPÍTULO 5º: LA INCIDENCIA DEL GRUPO EMPRESARIAL EN MATERIA PROCESAL		
	385	
1	El grupo de empresas como parte en un procedimiento laboral	386
1.1	Legitimación	386
2	Acciones declarativas	392
3	El litisconsorcio	396
3.1	El litisconsorcio pasivo no necesario	397

3.2	La ejecución de sentencia	408
3.2.1	<i>Ejecución de sentencia definitiva</i>	<i>414</i>
3.2.2	<i>Ejecución provisional de la sentencia</i>	<i>421</i>
3.2.2.1	<u>Ejecución provisional. Condena a una readmisión o despido nulo</u>	<u>422</u>
3.2.2.1.1	Ejecución provisional cuando se trata de una condena de salarios de tramitación 423	
3.2.2.1.2	Ejecución provisional de las sentencias de despido	426
3.2.2.2	<u>Ejecución provisional. Condena a pago de cantidades</u>	<u>427</u>
3.3	La interposición del recurso	431
	CONCLUSIONES.....	435
1	El grupo de empresas.	436
2	Evolución jurisprudencial de los grupos de empresas	437
3	La transcendencia de los grupos de empresas en el ámbito de las relaciones laborales	439
4	Propuesta de regulación de las relaciones laborales en el ámbito del grupo de empresas	440
	BIBLIOGRAFÍA.....	443

Introducción

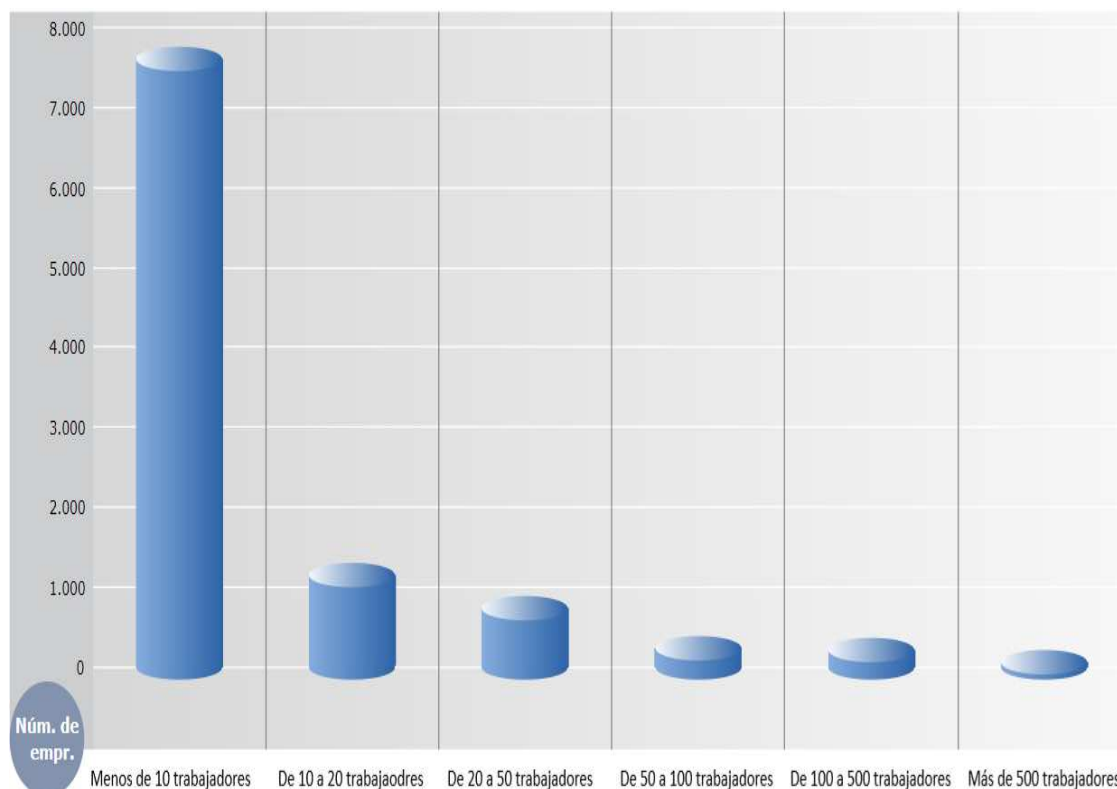
Uno de los reflejos de la progresiva internacionalización de la economía y la consolidación de un mercado globalizado ha sido la multiplicación de los denominados grupos de empresa o grupos de sociedades.

La importancia de este tipo de organización empresarial se puede constatar mediante el análisis de los datos estadísticos. Así, en el año 2019, de los 2,7 millones de empresas españolas y más de 800.000 portuguesas censadas en la base de datos SABI¹, un total de 16.942 son grupos de empresas.

Entre estos, 13.798 grupos tienen unos ingresos por explotación de 22.661.598.000,00 €, lo que representa aproximadamente un 1,8% del P.I.B. de España en el 2.019, de los 3.144 grupos restantes no se tiene información.

En relación al promedio de trabajadores contratados por los grupos de empresas, la gráfica que a continuación aparece refleja que un 44,93 % del total de los grupos de empresas tienen contratados menos de 10 trabajadores, seguidos por los grupos de empresas que tienen contratados entre 10 y 20 trabajadores que, a su vez, representan el 6,75 % del total de grupos de empresas. Solamente el 0,32% son grupos empresariales con más de 500 trabajadores contratados.

¹ Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI), herramienta Web elaborada por INFORMA en colaboración con Bureau Van Dijk.



Gráfica 1 Número de empresas y relación de trabajadores contratados²

También se ha buscado una correlación entre el sector de la actividad y la formación de grupos de empresas. De esta manera, un 51% de los grupos que tienen menos de 10 personas contratadas pertenecen al sector de la hostelería, comercio, construcción y servicios inmobiliarios³. Sectores todos ellos muy sensibles a la estacionalidad de la demanda y los vaivenes de la economía.

En este contexto, a través de la estructura de grupo se busca la forma de adaptarse más rápidamente a las nuevas demandas del mercado, pero es también la estructura buscada por aquellos sectores más sensibles a las perturbaciones del mercado.

Ello permite a la pequeña y mediana empresa suscribir contratos de colaboración entre empresas para llevar a cabo políticas conjuntas para alcanzar unos objetivos que, con probabilidad, por no podrían alcanzar individualmente y, de esta forma, consiguen

² Fuente SABI.

³ Fuente SABI.

adaptarse con facilidad a la demanda del mercado sin la necesidad de soportar costes de estructura fijos y una entrada y salida del proceso productivo a través de la circulación de trabajadores en el seno grupo.

De hecho, una de las razones de ser de la constitución de tales grupos es la de permitir la permanente adaptación de la estructura empresarial a los cambios de la demanda, motivos por los que se tiende a huir de toda formalización jurídica, particularmente de todas las limitaciones propias de las rigideces y controles impuestos por la norma jurídica.

Los cambios que están teniendo lugar en las nuevas formas de producir son, actualmente, objeto de atención por parte de la doctrina científica especializada y de los Tribunales.

El presente trabajo aspira a ofrecer una visión de la problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas, mediante el análisis de los problemas que en el seno del grupo pueden surgir como consecuencias de la circulación de trabajadores entre las empresas que lo conforman, de las relaciones laborales colectivas, de la ejecución de sentencias y, en definitiva, del modo en que tales grupos se comportan cuando tienen que asumir las responsabilidades derivadas del hecho de que las sociedades integrantes del grupo se encuentren subordinadas a una dirección económica unitaria. Igualmente, se presta atención a la vulneración del ejercicio del derecho de huelga, cuando tiene lugar en el seno de grupos de empresas, considerando si es posible la lesión de este derecho fundamental por un empresario que no es titular de la relación individual.

Bueno es comenzar poniendo por delante el mayor obstáculo con el que se ha tropezado en el inicio del trabajo: la falta de una regulación general de los grupos de empresas para afrontar los problemas planteados al ordenamiento por la formación y la actividad de los grupos; sin que esta dificultad pueda soslayarse por la existencia de disposiciones normativas aluden parcialmente a los grupos de empresas en los diferentes ordenamientos jurídicos —en concreto, en el ámbito laboral, existen normas específicas que regulan aspectos concretos de los grupos de empresas, si bien de forma indirecta y aislada, cuando no ambigua—.

Tal ignorancia jurídica no se corresponde con una realidad social que lleva aparejada una política de colaboración entre las empresas integrantes del grupo; que normalmente queda manifestada con la utilización del mismo personal en el marco del grupo de empresas; la existencia de una pluralidad de empresas jurídicamente independientes y la separación entre el empresario titular de la relación laboral del trabajar y aquellos otros que reciben la prestación. Sin embargo, el legislador ha adoptado una actitud abstencionista y, en consecuencia, no existe un tratamiento jurídico completo y unitario del grupo de empresas, impidiendo de esta forma que se tenga conocimiento cierto sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones en el ámbito laboral.

En estas organizaciones, como describe la doctrina mercantilista, existe una separación entre la realidad económica y jurídica⁴. Las sociedades que lo integran son jurídicamente independientes, pero, están sometidas a una dirección económica unitaria. Pese a todo, la independencia jurídica de estas sociedades es relativa, en cuanto que del sometimiento a una dirección unitaria pueden derivarse perjuicios para las sociedades intervinientes y, por extensión, para sus socios, sus acreedores y sus trabajadores.

Naturalmente, son formas de organización lícitas. Sin embargo, cuentan con una regulación insuficiente en el ordenamiento español y plantean serios problemas en el ámbito del Derecho del Trabajo, sobre todo, porque se carece de un marco conceptual unitario sobre el grupo económico-financiero.

Esta contraposición entre la realidad socio-económica y su cobertura jurídica hace necesario que, en orden a tutelar los derechos de los trabajadores afectados, se instrumenten criterios técnicos-jurídicos que provean solución a los problemas más relevantes que el grupo presenta en el ámbito laboral, evitando con ello que el grupo de sociedades quede vinculado a una simple estructura aparente y formal cuando la

⁴ EMBID IRUJO, J.M (2003), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Comares. Pág. 26 y 27. GIRON TENA, J. (1965), "Los grupos de sociedades", en *Las grandes empresas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid.

realidad de los hechos pone de manifiesto que las sociedades integrantes del grupo, constituyen el ámbito funcional donde valorar la relación laboral del trabajador.

En este contexto, el trabajo que se presenta, bajo el título “*Aspectos Laborales de los grupos de empresa*”, tiene como objeto ofrecer un estudio de la problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas y, ante la ausencia de un tratamiento legal unitario en el grupo de empresas y las escasas referencias normativas que contiene el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de las respuestas que la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en particular, de la delimitación del concepto de grupo y su consideración como ámbito funcional unitario donde valorar determinadas conductas y aplicar ciertas reglas.

La elección de este tema de estudio, viene motivado por la necesidad de resolver, o al menos articular propuestas de soluciones, sobre una serie de problemas técnicos-jurídicos que genera la prestación de servicios por el trabajador en el ámbito de un grupo de empresas y, sobre todo, por los problemas que derivan, precisamente, del hecho de que quien ostenta la condición de empresario esté integrado en un grupo de sociedades, pues ello incide directamente o indirectamente en numerosos aspectos de la relación laboral —movilidad geográfica, ámbito de las medidas de reestructuración empresarial, articulación de los derechos de información y consultas, representación de los trabajadores en el ámbito de los grupos de empresas, negociación colectiva, derecho de huelga y ciertos aspectos procesales—.

Desde el inicio, se parte de una idea clara, la identificación del grupo de empresas y de las consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales. Ante la ausencia de una regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas, más allá de proveer algunas reglas muy concretas para cuestiones puntuales resulta ciertamente relevante afrontar la caracterización del grupo de sociedades y su significado en Derecho de Trabajo.

La ausencia de tratamiento legislativo de los grupos desde la perspectiva jurídica no ha impedido la promulgación de un número de normas que, desde las diferentes ramas del derecho, se refieren a los grupos de sociedades sin incorporar un concepto legal los mismos. Ante las insuficiencias del tratamiento normativo de los grupos de empresa, se ha hecho necesario un peregrinaje a través de la doctrina científica y

judicial para dibujar las líneas básicas que delimitan el grupo de empresas en el ámbito del derecho.

Sin embargo, la doctrina, ante la imposibilidad de dotar de un tratamiento único a los muy diversos supuestos de agrupación de empresas, se ha visto obligada a resolver los problemas de la intervención del grupo en las relaciones laborales a través de las técnicas del levantamiento del velo, la utilización del concepto de verdadero empresario o empresario material, que hace referencia a las comunidades de bienes como entes desprovistos de personalidad, y el fraude de ley. Esta doctrina, ha sido construida para exigir la responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social a todas las empresas que lo integran.

Así, en un principio, la doctrina jurisprudencial impone la regla general de la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, pero admite la transcendencia laboral del referido grupo en ciertas circunstancias o cuando concurren ciertos elementos adicionales: dirección unitaria, confusión de patrimonios, prestación de servicios por parte del trabajador para las distintas empresas del grupo y apariencia externa de unidad. Se trata de elementos patológicos que relevan un comportamiento antijurídico del empleador. La cuestión radica en dilucidar en cada caso si dicho comportamiento tiene la suficiente gravedad para declarar la responsabilidad de las empresas del grupo frente a los trabajadores.

En realidad, nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora la presencia de una serie de circunstancias, lo que, en definitiva, permite una valoración del grupo frente al punto de referencia tradicionalmente ligado al principio de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo y, por tanto, se concluye la comunicación de responsabilidad con técnicas que nos acercan a la teoría del levantamiento del velo.

Sin embargo, las consecuencias de la existencia de un grupo de empresas van más allá de las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria enmarcadas en el terreno de la ocultación o fraude que, hasta la fecha es el criterio establecido por la jurisprudencia. Quiere esto decir, que el reconocimiento de una posición empresarial común, patente en el solo dato de la constatación de la gestión de personal, queda

proyectado sobre cualquier otro aspecto de la relación laboral, no reservándose la transcendencia del grupo solamente cuando responde a una actuación con finalidad defraudatoria, lo que implica que puedan darse supuestos de prestación de servicios, donde este dato no constituirá un elemento adicional definitorio de la responsabilidad solidaria laboral de las empresas de grupo. En todo caso, lo que existiría es una asunción de responsabilidad por alguna o algunas de las empresas que han utilizado la prestación de servicios del trabajador en el seno del grupo y, por tanto, un marco donde valorar las relaciones laborales de empresas. Lo relevante de estos supuesto no es si el grupo es o no fraudulento, se trata de considerar al grupo como centro de imputación de normas jurídicas.

En cuanto a la estructura del trabajo, se engloba en dos bloques claramente definidos: un primer bloque de conceptualización y definición de grupos; un segundo que analiza los principales núcleos de imputación normativa en el ámbito de grupo a fin de garantizar los derechos en el ámbito de las relaciones laborales, cuando se usa el privilegio de la personalidad jurídica para limitar la responsabilidad propia de las sociedades integrantes del grupo y un tercer bloque que se centra en la incidencia del grupo de empresas en materia procesal.

En el primer bloque, comprensivo del capítulo uno y dos, repasa los conceptos de grupos de empresas mercantil y grupos de empresas laboral, para posteriormente, analizar detalladamente la evolución de la doctrina jurisprudencial y científica que plantea la configuración del régimen jurídico-laboral de los grupos de sociedades a la hora de determinar quien es el sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades propias de la condición de empresario.

En el segundo bloque, se identificará al sujeto responsable que ha cumplir las normas, realizando un análisis de la casuística jurisprudencial y del posicionamiento de la doctrina científica al respecto. Este segundo bloque queda dividido en tres apartados. Un primer apartado, que analiza la transcendencia del grupo laboral en las relaciones individuales de trabajo, traslados, cesión de trabajadores, periodo de prueba, encadenamiento de contratos. Un segundo apartado que abarca el estudio de las relaciones laborales colectivas, el ámbito de apreciación de la extinción de contrato de

trabajo por causas económicas —valorar el estado económico del grupo en su conjunto o la empresa que despido—, el convenio colectivo a aplicar, la legitimación para negociar en el grupo de empresas en nombre de los trabajadores del grupo y, una especial atención al derecho de huelga en los grupos de empresas.

Y, finalmente, un tercer apartado que analiza las incidencias del grupo de empresas en materia procesales, la capacidad y la legitimación —aptitud para ser parte en el proceso y sujetos con acceso a la jurisdicción social en el supuesto de grupo de empresas o pluralidad empresarial—, la identificación del sujeto pasivo en las ejecuciones procesales, etc.

Capítulo 1º: Concepto de grupo de empresas

En la segunda mitad del siglo XVIII comenzó en Inglaterra la denominada Revolución Industrial que posteriormente se fue extendiendo por el resto de Europa. El poder de los empresarios frente a los trabajadores provocaba enormes abusos y sufrían durísimas condiciones de trabajo. En este contexto nace el Derecho del Trabajo como una necesidad de regular las relaciones laborales, atendiendo al modelo existente en la época.

En la actualidad, el modelo de empresas no se parece en nada al modelo fordista predominante en la revolución industrial y, el Derecho del Trabajo comienza a tener lagunas jurídicas a la hora de adaptar el nuevo modelo organizativo empresarial y la actual normativa.

La crisis económica, la aparición de nuevas tecnologías, la globalización del mercado y las nuevas demandas del mercado han puesto en marcha un proceso de racionalización de la organización del trabajo y la necesidad de replantear los métodos de producción, provocando cambios en la estructura, dimensión y funcionamiento de las empresas.

En este nuevo contexto económico, comienzan a aflorar estructuras empresariales que nada tienen que ver con aquellas empresas basadas en el estudio de métodos y tiempos, con estructuras muy jerarquizadas —*blue collar* y *white collar*— y donde las

economías de escala primaban⁵. Estructuras empresariales que comienza a aparecer en la vida económica que son frutos de filiaciones o agregaciones empresariales en búsqueda de una posición más competitiva en el ámbito productivo, tecnológico, comercial, financiero e incluso laboral. Son formas de organización cuyo objetivo es encontrar la dimensión empresarial óptima que facilite la obtención de economías de escala y la reducción del riesgo⁶ inversor y, todo ello, a través de una estructura empresarial descentralizada en la que se conserva la independencia jurídica de sus miembros⁷. Entre ellas comienzan a aparecer los grupos de empresas.

⁵ MARTÍNEZ BARROS, M^a DE LOS REYES (2002), “La nueva definición del “empresario” a resultados de la cada vez más frecuente descentralización productiva”. *Revista Estudios Financiero*, número 2/2002. “La idea del divide et impera acaba con el modelo taylorista-fordista de empresa y lo abre al nuevo de empresa-red”. Pág. 74.

⁶ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*. Editorial Lex Nova. Pág. 449. “(...)fragmentando la empresa en distintas unidades, con personalidad jurídica propia, se crean compartimentos estancos y se aminora el riesgo general de insolvencia, de forma que la quiebra de una unidad no contagia a las demás. Cada sociedad sólo responde con su patrimonio de sus propias deudas, pues, aunque exista unidad económica, hay pluralidad jurídica”.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L (1985), “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 21. Pág. 2. “En particular respecto al grupo de empresas destaca la doctrina especializada que su finalidad es disponer de activos económicos con mayor flexibilidad y provisionalidad que la adquisición definitiva por transmisión o por fusión de sociedades. Consecuencias inmediatas del proceso de concentración de empresas es la diversificación del riesgo.” DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1989), “El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 35. Pág. 467:” Las empresas no sólo mantienen las relaciones derivadas de la lucha competitiva en el mercado. También mantienen las relaciones cooperación en sentido amplio. Las finalidades básicas de estas relaciones pueden ser: a) la racionalización de su organización para alcanzar unas prestaciones de mejor calidad; o b) alcanzar una mayor cuota de mercado con el fin de que su acción en el mismo no esté supeditada a los parámetros derivados de la actividad competitiva de otras empresas en el mercado”. MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. (2001), “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”. *Relaciones Laborales*, número 7. Pág. 3: “En todo caso, la aparición de estos procesos de agrupación se ha distinguido, por un parte, por la conservación de la independencia jurídica de cada una de las sociedades y, por otra, por la unidad empresarial, desde la perspectiva económica, al tener atribuida por lo general una dirección única y un proyecto empresarial común(...)Ahora bien, dicha definición del modelo de empresa resultaría incompleta si no nos refiriéramos al segundo de las notas que la caracterizan y la distinguen de la referencia tradicional: nos encontramos ante una empresa jurídicamente independiente pero eminentemente dependiente, que requiere para su funcionamiento y viabilidad económica para mantener relaciones estables de colaboración interempresarial”.

El autor PLA RODRIGUEZ⁸ define el grupo como “un conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica unitaria”. Esto es, hablaríamos de un grupo de sociedades como el conjunto de sociedades jurídicamente independiente pero coordinadas a través de una dirección común⁹.

Ante todo, el grupo se caracteriza por ser una institución eminentemente económica¹⁰, no de carácter jurídico, pues se trata de una forma de organización empresarial, cuya expresión básica son las relaciones que se establecen entre las distintas empresas que lo integran, conformándose un único ámbito de organización y gestión entre dichas empresas. Son una forma de organización que les permite adaptarse a la demanda con facilidad, motivo por el cual tienden a huir de toda formalización jurídica, particularmente por las propia rigidez y controles impuestos por las normas.

⁸ PLA RODRIGUEZ, A (1981), “Los grupos de empresa”. *Revista de derecho del Trabajo*, número 6. Pág. 187.

⁹ DE QUINTANA PELLICER, J (2000), “La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial”. *Revista Actualidad Laboral*, núm. 10. Pág. 165.

¹⁰ DUEÑAS HERRERO, L.J. (1995), “El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Sentencia de la Sala Cuarto del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”. *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II. Página 1: “Los grupos de empresa no son una realidad jurídica sino económica. Todas las ramas del ordenamiento jurídico se encuentran ante este fenómeno consolidado; hoy el prototipo organizativo de la empresa es el grupo, que intenta eludir el plano jurídico, no así el económico. Hay una falta de coincidencia entre la unidad jurídica y la unidad económica; así, «una de las razones de ser de la constitución de tales grupos de empresa es la de permitir la permanente adaptación de la estructura empresarial a las constantes mutaciones de la producción y del mercado, motivo por el cual el grupo tiende a huir de toda formalización jurídica, particularmente de todo encorsetamiento propio de las rigideces y controles impuestos por la norma jurídica”. CAMPS RUIZ, L.M. (1986), *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Pág. 50. “La razón de ser de los grupos de empresa o grupos de sociedades se conecta originariamente con las exigencias de la concentración económica y la necesidad de reducir los riesgos de inversiones cuantiosas”. CRUZ VILLALÓN, J. (1996), “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”. *Temas Laborales*, número 38. Pág. 31. “Ante todo, debe tenerse presente que los grupos de empresa surgen como institución eminentemente económica, que no de carácter jurídico. Se trata de una forma de organización de la actividad empresarial, cuya expresión básica son las relaciones que se establecen hacia el interior del grupo entre las diversas empresas que la integran, conformándose a una red de vínculos entre dichas empresas”. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1989), ob. cit., p. 220. “El punto de partida común a todas las normativas parciales sobre los grupos de sociedades es que prevalece la realidad económica sobre la forma jurídica. La realidad económica del grupo sobre la independencia jurídica de las entidades agrupadas”.

Pese a todo, la independencia jurídica es relativa en cuanto que la actuación de las sociedades de un grupo bajo una dirección unitaria puede derivar en un perjuicio para una de tales sociedades y, por extensión, para sus socios, sus acreedores y trabajadores. Ello lleva a conceder relevancia jurídica a las relaciones específicas que se establecen entre las integrantes del grupo y a la consideración del grupo como ámbito funcional de aplicación de normas, llevando el tratamiento de aquellos problemas a partir de la consideración de que se está en presencia de una realidad no solo económica sino también jurídica, pese a la pluralidad de empresas.

El problema se plantea a la hora de constituir un marco conceptual unitario. En este contexto, la inexistencia de un tratamiento jurídico ha impulsado a la jurisprudencia de nuestros Tribunales, en su labor integradora del ordenamiento jurídico, a ir perfilando su concepción¹¹ y comienza a tener carta de naturaleza jurídica.

Ahora bien, al igual que el sometimiento del interés social de la sociedad dependiente al interés del grupo y, consiguientemente, para sus trabajadores, la posibilidad de que aquella sufra perjuicios como consecuencia de las instrucciones impartidas por la dirección del grupo, también puede suceder lo contrario cuando la estructura mercantil responde a esquemas de colaboración en el tráfico mercantil, de aquellas otras formas de colaboración que tienen relevancia en el ámbito de aplicación. Por tanto, se trata de determinar aquellas estructuras mercantiles que responden a esquemas de colaboración en el tráfico mercantil, de aquellas otras relaciones empresariales donde las sociedades intervinientes constituyen el ámbito funcional donde valorar la relación laboral del trabajador. Por ello, se hace necesario distinguir ente grupos de empresas mercantiles y grupos de empresas laborales.

¹¹ APILLUELO MARTIN, M (1996), "Grupos de empresas y derecho del Trabajo". *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 1996, Ref. XVIII, tomo 1. Editorial LA LEY. Pág. 335.

1 Concepto mercantil de grupo de empresas

No deja de ser paradójico como el proceso de armonización de las normas contables en la Unión Europea, trajo consigo la modificación de las Directivas contables y consecuentemente, la aprobación de un nuevo marco normativo. En concreto, se produjo una nueva redacción a la sección tercera del título III del Código de Comercio, artículos 42 a 49, con la finalidad de regular los aspectos relativos a la consolidación de cuentas en los grupos de sociedades. Con la nueva redacción del art. 42 del Código de Comercio desaparece la referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar y, se introduce la noción de control, directo o indirecto, como presupuesto del concepto de grupo a efectos de formular cuentas anuales e informes de gestión consolidadas. Sin embargo, a pesar de la nueva redacción del precepto, la noción de grupo, no ha sido integrada en el ordenamiento jurídico, materia especialmente necesitada de un tratamiento jurídico acorde con su interés e importancia, desaprovechando la oportunidad de establecer un concepto de grupo y, lo curioso es el hecho de la remisión en otras normas al art. 42 del Código de Comercio, a la hora de establecer el concepto general del grupo, como así lo subraya el art. 18 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En sentido estricto, en el ámbito mercantil los grupos¹² son una realidad económica¹³ formada por vínculos de naturaleza contractual y patrimonial. Son formas de organización cuyo objetivo es encontrar la dimensión empresarial óptima que facilite la obtención de economías de escala y la reducción del riesgo¹⁴ inversor, y todo

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008). “Ausencia de regulación específica y sistemática que ha llevado a afirmar que el fenómeno de agrupamiento empresarial es una realidad económica más que jurídica y que el concepto -ya más específico del «grupo de empresas» tiene base fundamentalmente teórica”.

¹⁴ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 449. “...fragmentando la empresa en distintas unidades, con personalidad jurídica propia, se crean compartimentos estancos y se aminora el riesgo general de insolvencia, de forma que la quiebra de una unidad no contagia a las demás. Cada sociedad sólo responde con su patrimonio de sus propias deudas, pues, aunque exista unidad económica, hay pluralidad jurídica”.

ello, a través de una estructura empresarial descentralizada en la que se conserva la independencia jurídica de sus miembros¹⁵. La cuestión central es determinar la estructura y el alcance legal del concepto. En este contexto, el art. 42 del Código de Comercio establece que, a efectos de la obligación de consolidar, existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En buena lógica, a los efectos de las sociedades de capital, se acepta el elemento de control de una o varias sociedades dependientes por otra que sea dominante, entendiendo que, cuando haya control en sentido estricto¹⁶, se dan las

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L (1985), "Aspectos laborales de los grupos de empresas". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 21. Página 2. "En particular respecto al grupo de empresas destaca la doctrina especializada que su finalidad es disponer de activos económicos con mayor flexibilidad y provisionalidad que la adquisición definitiva por transmisión o por fusión de sociedades. Consecuencias inmediatas del proceso de concentración de empresas es la diversificación del riesgo." DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1989), "ob. cit., p. 467:" Las empresas no sólo mantienen las relaciones derivadas de la lucha competitiva en el mercado. También mantienen las relaciones de cooperación en sentido amplio. Las finalidades básicas de estas relaciones pueden ser: a) la racionalización de su organización para alcanzar unas prestaciones de mejor calidad; o b) alcanzar una mayor cuota de mercado con el fin de que su acción en el mismo no esté supeditada a los parámetros derivados de la actividad competitiva de otras empresas en el mercado". MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. (2001), "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral". *Revista Relaciones Laborales*, número 7. Página 3: "En todo caso, la aparición de estos procesos de agrupación se ha distinguido, por un parte, por la conservación de la independencia jurídica de cada una de las sociedades y, por otra, por la unidad empresarial, desde la perspectiva económica, al tener atribuida por lo general una dirección única y un proyecto empresarial común...Ahora bien, dicha definición del modelo de empresa resultaría incompleta si no nos refiriéramos al segundo de las notas que la caracterizan y la distinguen de la referencia tradicional: nos encontramos ante una empresa jurídicamente independiente pero eminentemente dependiente, que requiere para su funcionamiento y viabilidad económica para mantener relaciones estables de colaboración interempresarial".

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008). "Ausencia de regulación específica y sistemática que ha llevado a afirmar que el fenómeno de agrupamiento empresarial es una realidad económica más que jurídica y que el concepto -ya más específico del «grupo de empresas» tiene base fundamentalmente teórica".

¹⁶ Art. 42 del Código de Comercio. "Se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta".

circunstancias suficientes para la identificación del grupo vertical o de subordinación a los efectos del precepto.

El grupo de empresas es una estructura empresarial que, desde los años 90, ha tenido cada vez más una mayor presencia en el sistema productivo español y que todavía sigue siendo objeto de debate en el ámbito jurídico a fin de determinar la estructura y el alcance legal del concepto.

La necesidad de reconocer y dotar de un régimen jurídico propio a esta forma de colaboración ha contado con escasa ayuda por parte del legislador. Tal vez porque se trata de una estructura eminentemente económica que tiende a huir de toda la formalización jurídica que impida la adaptación continua a las nuevas demandas del mercado y con las rigideces y controles de una regulación haga imposible tener esa capacidad adaptativa a las cambiantes situaciones del mercado.

Como se acaba de señalar, la cuestión central es determinar la estructura y el alcance legal del concepto de grupo de empresas mercantil y proporcionar las reglas jurídicas de aplicación material que permitan regular la disciplina de los grupos de empresa mercantil.

En este contexto, el art. 42 del Código de Comercio establece que, a efectos de la obligación de consolidar, existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En buena lógica, a los efectos de las sociedades de capital, se acepta el elemento de control de una o varias sociedades dependientes por otra que sea dominante, entendiendo que, cuando haya control en sentido estricto, se dan las circunstancias suficientes para la identificación del grupo vertical o de subordinación a los efectos del precepto. Y, a su vez, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente y, ese control suele ser:

a) Financiero. A través de la participación de unas sociedades en el capital de otras¹⁷. En esta forma de integración, el poder de control de la empresa dominante se ejerce por el cauce de su participación accionarial, de modo, que será exigible un número de acciones de las sociedades filiales para asegurar el control de órganos de decisión (asamblea general, consejo de administración). Es evidente, que la posesión de la mayoría absoluta garantizará ese control. Pero no en pocas ocasiones bastará una proporción menor. Lo que supone que el concepto de control se basa más en la idea de dominación efectiva que en la participación¹⁸.

b) Sobre el funcionamiento orgánico y las tomas de decisiones¹⁹. Es frecuente que se dé el caso de sociedades de un mismo grupo tengan consejos de administración común. De esta forma se consigue un control sobre las sociedades del grupo, sometiéndolas a las normas y autorizaciones de la sociedad matriz. No obstante, los consejos de administración no son propiamente órganos de decisión, sino de mera ejecución²⁰.

c) Contractual. La constitución de grupos puede hallar, su origen en relaciones contractuales entre las sociedades, conocidas en Derecho alemán bajo el nombre de “*Orgabslationverträge*”, para que una de ellas obtenga el control de las otras²¹.

¹⁷ URÍA, R. (1949), ob. cit., p. 318 MARTÍNEZ BARROS, M^a. R. (1993), ob. cit., p. 2. “Normalmente, los grupos son el resultado de un proceso que se inicia por “la obtención del control de una sociedad mediante diversas técnicas jurídicas, en particular, la adquisición de un número de participaciones sociales –mediante una OPA, cesión de control o la adquisición sucesiva de pequeños paquetes de títulos-y (...)la conclusión de determinados contratos que facilitan la integración de una sociedad en otra”.

¹⁸ BERTRÁN MENDIZABAL, F. (1985), ob. cit., p. 149.

¹⁹ “Empresarios: Grupos de empresas y empresas multinacionales”. Editorial Aranzadi. DOC. 2003/35.

²⁰ PLA RODRÍGUEZ, A. (1981), ob. cit., p. 190.

²¹ RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1975), “Hacia un derecho del grupo de sociedades”. *Revista de Derecho Financiero y hacienda Pública*, Vol. XXV. Página 693. “Tales son los contratos por medio de los cuales: una sociedad se compromete a seguir las directrices de otra o incluso a ser administrada por ella; los contratos en virtud de los que dos o varias sociedades convienen en delegar en un órgano común el cuidado de definir su política industrial, comercial o financiera, y los contratos de transferencia y de igualación de beneficios, etc....”

Pero, del criterio del concepto de control, no cabe inferir de la existencia de grupos horizontales en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo un poder de dirección unitaria y común. En palabras de DUQUE, J.F.²², el grupo por coordinación es aquel formado por varias empresas jurídicamente independientes agrupadas bajo una única dirección sin que ninguna de ellas sea dependiente de la otra del grupo²³. La diferencia existente entre los grupos por subordinación y los grupos por coordinación, es que éstos, a pesar de estar sometidos a una dirección única, no se da una merma de la autonomía jurídica de sus titulares ni tampoco se da una relación de dependencia o subordinación²⁴. Sin embargo, la ausencia de dominación –control- supone serias dudas sobre la consideración como grupo a este tipo de uniones de empresas –grupos por coordinación-. De hecho, la doctrina mercantil dominante, ha considerado como elementos definitorios del grupo: el control y la dirección unitaria²⁵. Sin embargo, el grupo por coordinación, se apoya únicamente en la dirección unitaria, dejando de lado el carácter dominante de la empresa matriz sobre el resto de las empresas del grupo. La cuestión a dilucidar es si la dirección unitaria es o no separable del elemento de

²² DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1989), ob. cit., p. 475.

²³ EMBID IRUJO J.M. (1991), *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*. Universidad de Murcia. Pág. 52. “La figura del grupo por coordinación ha sido objeto, tradicionalmente, de muy escasa regulación legislativa. Solo el Derecho alemán, mediante la ley de sociedades por acciones, admite su posibilidad, sin dictar, eso sí, el adecuado régimen jurídico para tales grupos”.

²⁴ URÍA, R. (1949), ob. cit., p. 335. “(...)las empresas suelen realizar un intercambio recíproco de acciones que no lleva a una situación de predominio de ninguna de ellas”. SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”. *Revista de Derecho Mercantil*, números 165-166. Página 1. “(...)por grupo de estructura paritaria se entiende aquí aquella forma de unión de empresas, generalmente societarias, caracterizada por la sujeción de las mismas a una dirección unitaria, sin merma de la autonomía jurídica de sus titulares, y sin que se dé entre ellas relación de subordinación o dependencia”. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1977), Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en AAVV., Libro “Homenaje a Roca Sastre”. Volumen III. “La diferencia entre ambos radica en las distinta forma en que se realiza la dirección unitaria de las empresas unidas en un grupo de esta categoría...Pero la unidad de dirección del grupo no se alcanza mediante la imposición de la voluntad formada por los órganos de la sociedad dominante a los órganos de las sociedades dominadas o dependientes en virtud del derecho a impartir instrucciones que corresponde a aquélla, sino mediante la coordinación de las voluntades de todas las empresas agrupadas”. Pág. 550.

²⁵ EMBID IRUJO J.M. (2003), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Editorial Comares. Página 6 y 7.

control. De dicha solución dependerá el que se admita o no la figura del grupo por coordinación dentro de la noción de grupo.

A este respecto, la doctrina mercantil se ha postulado por la dirección unitaria como nota definitoria del grupo, apostando por una concepción amplia del grupo²⁶ y eliminado el elemento de dependencia o subordinación²⁷. El grupo en su complejidad persigue la explotación de un fin común basado en la cooperación o concentración de una actividad determinada, persiguiendo el interés del grupo frente al interés individual de cada una de las sociedades²⁸. De tal modo que, para hablar de grupo en sentido estricto, se hace necesario identificar el ejercicio de una unidad económica sobre todas las sociedades del grupo sometidas a una dirección unitaria basada generalmente en la participación, contrato o relaciones personales²⁹. Tal dirección supone poder atender los intereses del grupo y poder decidir sobre la financiación del

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L (1985), ob. cit., p. 5, nota 19." (...)También FONT RIBAS, para el cual un concepto amplio de grupo de empresas parte de la eliminación por superfluo del concepto de dependencia, e incluso de la sustitución del concepto de dirección unitaria por el interés común del grupo". SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), ob. cit., p. 2. "(...)como cuando se analizan los rasgos de su definición, que se apoya en la conjunción, problemática ciertamente, de "dirección unitaria", elemento de la noción de grupo en su acepción más amplia, creación de esa doctrina, y ausencia de dependencia...".

²⁷ SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), ob. cit., p. 2. "(...)como cuando se analizan los rasgos de su definición, que se apoya en la conjunción, problemática ciertamente, de "dirección unitaria", elemento de la noción de grupo en su acepción más amplia, creación de esa doctrina, y "ausencia de dependencia(...)" MONEREO PÉREZ, J.L (1985), ob. cit., p. 5. "De tal modo que la subordinación ni es necesaria ni es suficiente para que se esté ante un grupo de empresas, puesto que la nota esencial es la dirección única, reflejo de la unidad económica que trasciende las unidades jurídicas subsistentes (o sea, las empresas agrupadas)".

²⁸ RAMOS QUINTANA, M.I (2015), *La responsabilidad laboral de los grupos de empresa*. Editorial Bomarzo. Página 19. Nota 18. "El grupo encarna un proyecto empresarial con entidad propia en su globalidad dotado de un valor autónomo que supera el de la suma de sus componentes. Un valor propio que viene condicionado a la existencia de instancias de poder, gestión y gobierno capaces de darle sentido y orientación común, vid. BAZ RODRIGUEZ, J. (2002), ob. cit., p. 20 y ss".

²⁹ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 40. "También se hace referencia a los grupos de base societaria, dominicales, de base contractual y de base personal, según la dirección unitaria surja de la participación en el capital social de las filiales (el denominado "paquete de control"), se produzca como consecuencia de un contrato entre los distintos miembros del grupo o nazca de la coincidencia de personas en los órganos de gestión o administración".

grupo³⁰ y, en menor medida, sobre su política de personal, en el sentido de controlar el nombramiento de las personas encargadas de ejecutar las decisiones³¹, siendo el elemento de control consustancial al elemento de dirección unitaria³². En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de mayo de 2.013, al entender que *“el componente fundamental -de dificultosa precisión- es el elemento de «dirección unitaria». Para la doctrina mercantilista no basta -para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo- la simple situación de control o dependencia societaria [por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración], sino que es preciso que «la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”*.

De modo que, la doctrina mercantilista ha resuelto a favor del criterio del poder de dirección, como elemento nuclear para la integración de los grupos por subordinación y coordinación dentro del concepto de grupo de sociedades. No basta para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo, la simple situación de control, derivada de las acciones o participaciones sociales y de la identidad de los miembros de órganos de

³⁰ CAMPS RUIZ, L.M, (1990), “Tratamiento Laboral de los Grupos de Sociedades”. *Revista Actualidad Laboral*, número 34. “Por ésta –dirección unitaria- hay que entender –según la caracterización de J.M EMBID IRUJO-, la competencia para decidir sobre la financiación –es decir, la planificación de las futuras necesidades del capital y su adecuada cobertura, así como la realización de las medidas financieras y el control y administración de las existencias financieras-...”.

³¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), *Los “Grupos de empresas” ante la Jurisdicción social española*. Editorial Tirant Lo Blanch. Página 20.

³² GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *La empresa de Grupo y el derecho de sociedades*. Comares. Pág. 147. “Así, la dominación no se manifiesta como criterio determinante o calificador de la existencia de grupo, sino sólo como un instrumento jurídico facultativo de la misma”. FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*. Editorial Edersa. Página 200. “...lo cierto es que el control sobre otra sociedad no es una noción indispensable para la conformación de un grupo de sociedades, sino en todo caso, un elemento instrumental del mismo, que se constituye como tal en la medida en que se ejerce de manera estable una dirección unitaria en interés común de las sociedades que lo integran, y ello independientemente del medio utilizado”. EMBID IRUJO, J.M (1994), “Notas sobre los grupos de sociedades y su régimen jurídico”, en AA.VV. (CAMPS RUIZ, coord.), *Aspectos laborales de los grupos de empresas*. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 128. “En este caso –grupos de estructura paritaria- la dirección unificada no provendría de la situación de control sino, más bien, del acuerdo paritario y libre de las sociedades agrupadas”.

administración, sino que es preciso que *“la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”*³³. Mientras que, la situación de control de una sociedad por otra es el presupuesto que obliga a la consolidación contable, tal como viene recogida en el art. 42 del Código de Comercio, pero no como elemento definitorio del grupo, es una medida de información contable que no supone unificación patrimonial.

2 Concepto laboral de grupo de empresas

En el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social existen normas específicas que regulan aspectos concretos de los grupos de empresas, si bien de forma indirecta y aislada. La ausencia de un tratamiento legal unitario de los grupos de empresa y las escasas referencias normativas que contiene el Derecho del Trabajo, ha hecho que la jurisprudencia y la doctrina judicial hayan jugado un importante papel a la hora de definir el concepto de grupos de empresas laboral. No fue hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2013) donde se determinó que el concepto de grupos de empresas ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico³⁴ y matiza, sin perjuicio de producir singularidades concretas en sus diversos ámbitos de actuación –fiscal, mercantil y laboral-. Bajo tales circunstancias el grupo de empresas plantea un nuevo escenario a la hora de dar respuesta a cuestiones tales como:

- La determinación del empleador o, al menos la identificación del destinatario de la imputación de responsabilidades.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

³⁴ GOERLICH PESET, J.M (2014), “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”. *Revista de información Laboral*, número 5. p. 6-7. Este replanteamiento es, desde luego, novedoso, tanto en sí mismo considerado como en relación con la forma en que se concreta; y podría llegar a tener importantes consecuencias. Desgraciadamente, es más aparente que real: se limita al terreno de las declaraciones, sin que tenga otra concreción que en un mínimo ajuste —por lo demás ya contenido en pronunciamientos previos— en la noción de grupo “a efectos laborales”.

- En el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, traslados, antigüedad – computo de la indemnización-, cesión de trabajadores, Los efectos que producen los procesos de filiación o adquisición de participaciones sobre los trabajadores que prestan servicios para las mismas empresas una vez concluido el proceso de reestructuración.
- En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, unidad de cómputo en el despido colectivo –el grupo en su conjunto o la empresa empleadora que pretende realizar el despido-, ámbito de apreciación de la extinción de contrato de trabajo por causas económicas –valorar el estado económico del grupo en su conjunto o la empresa que despide, convenio colectivo a aplicar, legitimación para negociar en el grupo de empresas en nombre de los trabajadores del grupo.
- En temas procesales, capacidad y legitimación en juicio –aptitud para ser parte en el proceso y sujetos con acceso a la jurisdicción social en el supuesto de grupo de empresas o pluralidad empresarial-, la identificación del sujeto pasivo en las ejecuciones procesales, etc...
- Los efectos que producen los procesos de filiación o adquisición de participaciones sobre los trabajadores que prestan servicios para las mismas empresas una vez concluido el proceso de reestructuración.

En otro orden de cosas, la doctrina mercantilista utiliza el término “*grupo de sociedades*” y la doctrina laboralista habla de “*grupo de empresas*” sí, el concepto de empresas ha de ser y es el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico ¿Cuál debe ser la denominación correcta?

Debemos pensar que, en el grupo de sociedades, la sociedad dominada reviste las características de una sociedad capitalista que es la forma social que permite establecer las vías de control³⁵, pues, cualquier configuración subjetiva de un grupo

³⁵ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 35.

integrado por sujetos no societarios, fundaciones, asociaciones, persona física titular de varias actividades empresariales sin llegar a formalizar la constitución de sociedades o asociación con personalidad jurídica propias, administraciones públicas, grupos cooperativos, impediría el control por parte de la empresa dominante. Por ello, lo más razonable sea la utilización del término de grupos de empresa.

Capítulo 2º: Trascendencia laboral del grupo de empresas

El artículo 1.2 del ET, considera empresarios a efectos laborales a todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el artículo 1.1. ET, es decir, de los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena –ajenidad en los frutos y en los riesgos- y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario –dependencia-. Por tanto, la noción de empresario se establece a partir de las notas propias de la existencia de una relación contractual ³⁶ —laboral— al confluir los requisitos de dependencia³⁷ y ajenidad, reconociendo al empresario las facultades que se desprenden de los artículos 5 y 20 del ET.

³⁶ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 63. Nota 160. “L. CAMPS RUIZ, “El concepto laboral de empresario”, en AAVV. (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, tomo I, Edersa, Madrid, 1990, pp. 37 y 38. Por lo demás, Camps expresa la opinión general de que dato decisivo para ostentar la condición de empresario es recibir una prestación laboral en calidad de sujeto de un contrato de trabajo. A partir de esa constatación es irrelevante que el empresario laboral sea también empresario mercantil, aunque en la mayoría de los casos las dos condiciones coincidirán”. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996 (Rec. 1089/1996).” *Mas dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el artículo 1.2 del propio Cuerpo Legal, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que reciba prestación de servicios de quien sea trabajador, concurriendo en la relación que les vincula las notas que configuran al contrato de trabajo”.*

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005 (Rec. 5381/2004).

Pero el legislador laboral no solo le interesa identificar a la persona o entidad titular de la empresa, sino también que el titular de las empresas tenga las facultades propias de gestión, organización y dirección de las prestaciones de trabajo que en ellas confluyen, es decir que sea quien se beneficie del fruto del trabajo de sus empleados. En contraprestación, el empresario asume los riesgos inherentes a la propia actividad y soporta los costes, cargas y responsabilidades correspondientes. Por consiguiente, el Derecho del Trabajo parte sobre la base de un concepto contractual³⁸ del empresario, formulado de manera material³⁹, pues quien recibe la prestación laboral es quien se apropia de su utilidad y quien ostenta el poder de mando, dirección y gestión de la actividad empresarial.

Sin embargo, el legislador omite la figura del grupo de empresas como empresario laboral. El problema principal en estos casos es el de la identificación del empresario cuando se produce la prestación de servicios por el trabajador en el ámbito del grupo de empresas, pues ello incide directamente o indirectamente en numerosos aspectos de la relación laboral —movilidad funcional, geográfica, medidas de reestructuración empresarial, negociación colectiva, representación, derechos de información y consulta...—.

El tratamiento legislativo se ha reducido a la vaga y no siempre encajable referencia del art. 1.2 del ET. En torno a dicho concepto se intenta construir las teorías que permiten admitir al grupo de empresas en el ámbito funcional unitario donde valorar

³⁸ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 62.

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1980), “Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: Las Comunidades de bienes”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 2. Página 220.”(...)noción patrimonialista precedente de la vieja ley de accidentes de trabajo de 1.900 que naturalmente no agota técnicamente el concepto de empresario (...)no es necesario que el patrono sea propietario de la explotación, bastando cualquier título”, sino decididamente la fórmula contenida en el artículo 1º. también LCT-(...)obligándose a ejecutar una obra o prestar un servicio a unos o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter(...)”, que permite ciertamente elaborar, por vía indirecta, una definición correcta de empresario”. DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 69. “Con ello se introduce un elemento patrimonial que estaba en la LCT, pero que no está en el art. 1 ET, donde el empresario es, como se ha visto, el que recibe la prestación de trabajo; no necesariamente el titular de la explotación donde se realiza el trabajo”.

la relación laboral del trabajador, para corregir las desviaciones que pueden derivarse de la actuación del grupo en el ámbito de las relaciones laborales.

1 La regla general: la independencia jurídica

En tales circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia se han acercado a este problema desde distintas posiciones y han ofrecido diversas soluciones. De esta manera, por un lado, se ha proporcionado una solución desde la perspectiva de la comunidad de bienes (art. 1.2 ET), que permite que entidades sin personalidad jurídica puedan ser empresarios y, por aplicación analógica, ser el grupo de empresas sujeto de derechos y obligaciones.

Por otro lado, también existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales que han entendido que lo importante es determinar quién es el “verdadero empresario”, entendido como aquel que se beneficia de la prestación laboral del trabajador.

Y, para concluir, otras alineaciones doctrinales han excluido la condición de empresario del grupo. Estas se centran en la personalidad independiente de las sociedades integrantes del grupo y la consiguiente responsabilidad separada de cada una de ellas frente a sus trabajadores, a salvo de lo que se dirá más adelante a propósito de los mecanismos que intentan corregir las posibles derivas de la actuación del grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales⁴⁰.

Desde el punto de vista de la existencia de una empresa unitaria, se crea la apariencia de que el grupo es un todo unitario y que si se establecen relaciones con el mismo la contraparte es éste y no cada una de las sociedades integrantes del mismo, considerando al grupo como verdadero empresario. De hecho, en los primeros años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores, se produjo un intento de atribuir a los

⁴⁰ En función de si hablamos de negociación colectiva, constitución de órganos representativos, adopción de medidas, conflictos colectivos, traslados, antigüedad, periodos de prueba, contratación temporal, legitimación, prescripción de acciones...

grupos de empresa la condición de empleador y hacerlo por medio de la referencia a las comunidades de bienes contemplada en el propio artículo 1.2 ET⁴¹.

De manera que, al reconocer a la comunidad de bienes la capacidad de ser empresario, y siendo entes desprovistos de personalidad jurídica, se permitía el tratamiento legal de los grupos de empresas a efectos laborales como entes integrados por personas físicas o jurídicas, a la manera de las comunidades de bienes que atribuye el art. 1.2 ET la condición de empresarios.

Los tribunales laborales han perfilado una construcción doctrinal del empresario material, conforme a la cual, en palabras, por todas⁴², de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983 (RJ 1983/3043), se ha centrado en la búsqueda del empresario que se beneficia de la utilidad patrimonial derivada de la prestación laboral⁴³. Esa búsqueda se puede fácilmente verificar, bastaría con acreditar cuales son las empresas del grupo que se han beneficiado indistintamente de los servicios prestados por los trabajadores. Situaciones en las que los tribunales vienen a integrar los grupos de empresas en la noción de comunidades de bienes, conforme al art. 1.2 ET; con independencia de que concurran o no los elementos adicionales patológicos⁴⁴.

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 45.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de enero de 1968 (RJ 1968/126). Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1974 (RJ 1974/4050). Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de marzo de 1985 (RJ 1985/1270). Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7380). Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de febrero de 1987 (Número 267/1987). Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 1995 (Rec. 5704/1994).

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1990 (Sentencia 771/1990). *“Esta Agrupación, con intereses propios y organización autónoma, diferenciada de los elementos que la integran, y receptora, según los términos de la demanda, de los servicios prestados por el actor, reúne las condiciones suficientes para ser empresaria, dada la fórmula amplia del artículo 1.2 del Estatuto, extensiva expresamente a las denominadas comunidades de bienes”*.

⁴⁴ PALOMEQUE LOPEZ, M.C. (1981), “Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: Las comunidades de bienes”. *Revista Española de Derecho de Trabajo*, número 80. Pág. 217 y ss. “La inexistencia de regulación específica es salvable en cualquier caso en nuestro Derecho con la figura de la comunidad de bienes, en la que las diversas posibilidades agrupacionales son encuadrable...”.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo, pese a la existencia de una relación laboral dentro de la fórmula del art. 1.2 ET, extiende la responsabilidad solidaria frente a quien no es titular de la relación laboral. En este caso, el actor es contratado con el fin de elaborar y concluir el proyecto de constitución de una sociedad de crédito hipotecario, relacionada con el pacto para social aportado. Esta sentencia concluye que tal agrupación *“con intereses propios y organización autónoma, diferenciada de los elementos que la integran, y receptora, según los términos de la demanda, de los servicios prestados por el actor, reúne las condiciones suficientes para ser empresaria, dada la fórmula amplia del art. 1.2 ET, extensiva expresamente a las denominadas comunidades de bienes”*. En la práctica, reconocer la responsabilidad de una sociedad en formación, puede resultar estéril si la sociedad responsable no posee un patrimonio propio para hacer frente a la deuda contraída con los trabajadores. La solución debería haber sido buscada en el art. 15 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas (arts. 37 y concordantes de la actual Ley de Sociedades de Capital), siendo responsables los socios hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar, atribuyendo a la agrupación en formación la condición de empresario, conforme el art. 1.2 ET y, no por mor de la calificación legal de la comunidad de bienes. Esta capacidad de representación y procesal le vendría atribuida conforme al art. 16 LRJS. En similar situación se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1985 (RJ 1985/3797). El Tribunal identifica el mandato de dirigir la sociedad, a cuyo servicio se encontraban los demandantes a quienes contrataban y pagaban, dándole órdenes e instrucciones para el funcionamiento del negocio como elemento suficiente revelador para otorgarle la facultad de postulación del art. 16 LRJS. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (Rec. 665/1990) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991 (Rec. 780/1990), reconociendo que la organización y dirección del grupo, por la empresa matriz, es razón suficiente para reconocer la existencia de un único empleado con respecto a todas las empresas del grupo y una sola relación laboral del trabajador con su conjunto.

Más explícita es la Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de junio de 1988 (Rec. 942/1988), el Tribunal reconoce la existencia de dos contratos distintos con dos empresas diferentes del grupo, asume que los hechos imputados en la carta de despido no se realizaron en el seno de la empresa demandada, pero traslativos al resto de las sociedades integrantes del grupo. Para llegar a la conclusión el Tribunal pone el acento en la unidad económica y organización unitaria generadora del empleo, invocando la existencia de un grupo de empresas incardinado en el art. 1.2 ET.

En consonancia con la jurisprudencia apuntada, un sector de la doctrina científica⁴⁵, entre otros HERMIDA TAPIA⁴⁶, sostiene que al empresario-grupo la personalidad jurídica le viene dada naturalmente, siendo formas de organización en principio lícitas que tienen su encaje dentro del ordenamiento jurídico.

SANTIAGO REDONDO defiende la atribución de responsabilidad al grupo, entendiendo que puede ser empresario, en tanto en cuanto la comunidad de bienes también es “parte procesal en el procedimiento laboral por tener capacidad procesal

⁴⁵ También, APILLUELO MARTIN, M. (2001), ob. cit., p. 1. “La labor jurisprudencial se ha centrado en los arts. 1. 1º y 1. 2º ETT a la hora de conceptuar el grupo de empresas como empresario único, y por tanto sujeto de relaciones laborales, por mor de la calificación legal de las comunidades de bienes como tal, a los solos efectos del Derecho laboral, en cuanto fórmula amplia y genérica referida a las agrupaciones sin personalidad, temporales o permanentes, así como a los grupos de empresa”. MARTÍNEZ MORENO, C. (1992), “La circulación de trabajadores entre empresas de un mismo grupo y derechos de antigüedad”. *Revista Española de Derecho de Trabajo*, número 51. Pág. 76. “Se ha procedido, en fin, a la asimilación de grupo a una comunidad de bienes, una vez incorporada esta figura al ordenamiento jurídico positivo, a través del artículo 1.2 ET”. GALIANA MORENO, J. Mª y SEMPERE NAVARRO, A.V. (1990), “Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas multinacional (I) y (II)”, *Actualidad Laboral*, Tomo III. Página 512. “En suma, que el casi total silencio del Derecho Positivo ha sido parcialmente colmado por los pronunciamientos jurisprudenciales, bien que, como ha de verse, no con la deseable claridad o uniformidad de criterios. “Si bien la legislación laboral española no contiene expresa versión de los grupo de empresas –salvo la tangencial existente en el artículo 1.2 del Estatuto de los trabajadores, por su referencia a las comunidades de bienes en tanto que posibles empleadores-, su innegable realidad, cada vez más acusada en el tráfico económico (lo que ha dado lugar a su reflejo en la legislación fiscal), ha forzado a la jurisprudencia, en su función integradora del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil) a elaboraren su concepto para extraer del mismo las consecuencias jurídicas procedente, especialmente en materia de imputación de responsabilidad” (TCT 4 de Julio 1986/Rep. 7144)”. ”

⁴⁶ TAPIA HERMINADA, A. (2011). “Grupos de sociedades mercantiles y transmisión de empresas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 334. Página 181 y ss.

en atención al artículo 16.5 LPL⁴⁷. Sin embargo, matiza⁴⁸ que “esta solución plantea en la práctica problemas(...)una eventual desestimación de la existencia del grupo, con lo que se declararía una falta de legitimación pasiva y, por consiguiente no se entraría en el fondo del asunto, quedando sin satisfacción el interés concreto perseguido por el trabajador en la causa”⁴⁹.

RAMOS QUINTANA, tilda de verdadera “entelequia jurídica” no atribuir al grupo de empresas personalidad jurídica propia, cuando la sociedad dominante del grupo llega a ejercer un poder real y efectivo sobre las relaciones laborales de las empresas agrupadas⁵⁰ y, para BERTRÁN MENDIZABAL⁵¹, la utilización de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades, puede dar lugar a que se produzca un abuso de derecho o fraude de ley en base a la cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúe como una sola entidad bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad independiente en perjuicio de los trabajadores⁵². En este mismo posicionamiento, TERRADILLOS ORMAETXEA, entiende que la referencia que hace el artículo 1.2 ET a las comunidades de bienes, se insertó con una finalidad distinta a la que se quiere

⁴⁷ SANTIAGO REDONDO, K.M (1991), “Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores”. *Revista Relaciones Laborales*, Tomo 2. Página 8.

⁴⁸ En el punto cinco de trabajo se entra a discutir la atribución o no de legitimad atribuida a los grupos de empresas por el legislador de la norma procesal.

⁴⁹ SANTIAGO REDONDO, K.M (1991), ob. cit., p. 8.

⁵⁰ RAMOS QUINTANA, M.I (2015), ob. cit., p. 28-29.

⁵¹ BERTRÁN MENDIZABAL, F. (1985), ob. cit., p. 154-155. “Provocar beneficios en unas empresas fijando en otros precios inferiores a los costes, dificultar a los trabajadores el acceso al nivel real de decisión o impedir el conocimiento de la verdadera rentabilidad de la empresa son otras tantas prácticas que puede perjudicar a los asalariados”.

⁵² En contra, PLA RODRÍGUEZ, A. (1981), ob. cit., p. 190. “El grupo económico no supone el deseo de obtener un beneficio ilícito o de generar un perjuicio al trabajador. Puede estar motivado por razones de buena organización industrial, de eficacia en el funcionamiento, de orden fiscal o de exigencias legales. Ello es especialmente explicable cuando se trata de empresas que explotan diversos ramos o en el caso de empresas multinacionales. Cabe hacer notar que esta denominación a veces se usa para designar al conjunto, otras veces a la empresa madre, otras veces a cada una de las filiales. Muchas veces a cualquiera de las tres”.

otorgar⁵³. El autor descarta la asimilación entre las comunidades de bienes reguladas por los artículos 392 y siguientes del Código Civil —“cuerpo legal al cual habría de remitirse en legislación subsidiaria”— y los grupos de empresas⁵⁴, al entender que el Derecho de Trabajo, en su definición de empresario donde se incluye la comunidad de bienes, permite atribuir la condición de empresario a entes sin personalidad jurídica, aportando la legislación laboral “una definición más amplia de lo que resulta ser la empleada en el Derecho Mercantil”⁵⁵. Así concluye “que la aplicación analógica del concepto de comunidad de bienes servirá para descubrir una única empresa en supuesto en los que en la realidad aparezcan varias sociedades, aunque ficticiamente diversificadas”⁵⁶.

A pesar de lo expuesto, el grupo de empresas carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, no puede ser sujeto de relaciones jurídicas. Esta cuestión será tratada con más detalle en el capítulo quinto del trabajo.

Fuera de las anteriores justificaciones, se convierte en una vía a analizar y averiguar en favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar en favor de quien se presta el mismo, pudiendo haber sociedades formalmente empleadoras que por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y que únicamente integrando su actividad con la de otras constituyen una verdadera empresa.

Tras constatar la inexistencia de previsiones legales sobre el grupo de empresas y la imposibilidad de deslindar las vinculaciones existentes entre las diversas integrantes

⁵³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1991), “Sobre la movilidad de los trabajadores en los grupos de empresa (a propósito de la STS 26 de noviembre 1990)”. *Revista Tribuna Social*, número 11. Pág. 23. “No obstante, la labor jurisprudencial se ha llevado a cabo sobre la base de preceptos legales redactados con otro propósito, viéndose a menudo sacrificado el rigor técnico-jurídico a imperativos de justicia material. El resultado ha sido una jurisprudencia tópica, muy ligada al caso concreto, de la que se hace difícil extraer pautas generales y cuya extrapolación inmatizada es, por principio, errónea”.

⁵⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), ob. cit., p. 52.

⁵⁵ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), ob. cit., p. 48.

⁵⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), ob. cit., p. 54.

del grupo, no cabía dar relevancia al grupo de empresas por el mero hecho de estar ligadas por vínculos de dirección, organización o participación accionarial, frecuentes en la realidad socio-económica, en la que las estrategias del mercado originan situaciones de agrupación de empresas, que no por ello pierden su personalidad jurídica propia e independiente de las que puedan conformar el grupo.

En este sentido, comienzan a aparecer doctrina jurisprudencial que postula la necesidad de analizar y averiguar en favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo⁵⁷. Atribuyendo la cualidad empresarial a las empresas receptoras de la prestación laboral o que la dirección del grupo ha actuado como el verdadero empresario y, se descubre al grupo como el verdadero empresario.

En este último escenario, se procede a la identificación de una empresa al dato de la dirección unitaria que, constituye en realidad la *“organización y dirección a que*

⁵⁷ Voto particular formulado por D. FERNANDO SALINAS MOLINA, al que se adhieren D. JORDI AGUSTÍ JULIÁ, D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, D. ª MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA y D. ª ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2013 (Rec. 3/2013). *“Aunque en concretos supuestos no exista grupo empresarial a los efectos laborales y no concurren los elementos jurisprudencialmente establecidos, y sin necesidad incluso de tener que acudir a las fórmulas del fraude de ley o del abuso del derecho, entiendo que, en otros supuestos, la realidad nos debe llevar a analizar y averiguar en favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar en favor de quien se presta el mismo, pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa. “Empresa” que no debe configurarse siempre y exclusivamente como el mero organismo que suministra trabajo, recordando su concepto al modo clásico jurisprudencial de “organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades” (STCT 05-03-1975). En estos supuestos, de hecho el trabajador, aunque no se trate de confusión de plantillas, presta sus servicios a favor de todos los integrantes de la única empresa “troceada” o dividida en partes, por lo que realmente estaríamos también ante un supuesto especial de prestaciones laborales indiferenciadas, en cuanto que los trabajadores, con independencia de cuál sea la entidad a que estén formalmente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real”*. Voto particular que formula el Excmo. SR. MAGISTRADO DON FERNANDO SALINAS MOLINA, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES DOÑA MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA, DOÑA ROSA MARIA VIROLES PIÑOL Y DON MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2014 (Rec. 16/2013). *“Es la verdadera empresaria de los trabajadores afectados (arts. 1.1 y 2, 8 ET), en la que redundaban directamente los beneficios de la prestación de sus servicios como real perceptora de éstos, asumía los riesgos de la actividad dirigiendo plenamente la actividad empresarial y decidiendo todas las cuestiones trascendentes, actuando la codemandada (nombre de la empresa) como mera formal empleadora”*.

alude el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al “empleador o empresario” o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario” y por tanto, responsable a efectos laborales, por todas las sociedades, de la obligaciones nacidas del contrato de trabajo, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2012)⁵⁸. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991 (Rec. 780/1990), estable que la dirección del grupo ha actuado como verdadero empresario “a quien ha destinado a una y otra de las empresas vinculadas como si de un mero cambio de puesto de trabajo se tratara”.

Así pues, MONEREO PÉREZ⁵⁹, considera que la expresión comunidades de bienes del art. 1.2 ET no integró a los grupos de empresas, pues para ello debió referirse el legislador a la generalidad de los entes desprovisto de personalidad jurídica y no sólo a las comunidades de bienes, siendo ésta una figura concreta regulada en el Código Civil. En realidad afirma que “el art. 1.2 ET permite dar acogida en nuestro ordenamiento a la empresa pluricorporativa (...) como modelo plurisubjetivo de empresa (...) como locus de multiplicación de los centros de imputación jurídica de un complejo de actividad económica gobernada o gestionada por una dirección unitaria”⁶⁰. Ante la carencia de sustantividad propia del grupo en nuestro ordenamiento, el autor se centra en la búsqueda del empresario responsable en el marco del grupo en referencia al art. 1.2 ET, de acuerdo con el cual es empresario la persona o ente que recibe la

⁵⁸ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991 (Rec.780/1990). Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 08 de febrero de 1999 (Rec. 4663/1998). Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 25 de febrero de 1999 (Rec. 7345/1998).

⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J.L (1985), ob. cit., p. 24. ESTEVE SEGARRA, A (2003), ob. cit., p.13. “La intervención del legislador es, en primer lugar, una intervención limitada. Y ello porque cada regla delimita una noción de grupo a los solos efectos de aplicar las consecuencias previstas en esta normativa particular, Este carácter fragmentario suscita la cuestión de si se trata de una elección consciente del legislador de no dotar al grupo de un tratamiento jurídico completo y unitario. Al respecto, varias pistas hacen suponer que esta opción no es descabellada”.

⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L (1997), *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho de Trabajo*. Editorial Comares. Pág. 218.

prestación de servicios del trabajador beneficiándose *ab initio* de los frutos del trabajo, a la vez que organiza y dirige la actividad productiva. De esta manera, la relación del trabajador se entabla con quien realmente sea titular de esa empresa, adaptando el concepto de empresa a la nueva realidad existente, afirmando que su constitución va más allá de los formalismos y formalidades jurídicas. En este contexto, entra en juego los acuerdos o prácticas concertadas de las distintas empresas, a partir de los cuales las empresas autónomas actúan en el mercado como una única empresa. “Es esta realidad de cotitularidad empresarial la que determina la cotitularidad patronal, y la consiguiente responsabilidad solidaria de los empresarios agrupados frente a los trabajadores contratados por cualquiera de las unidades jurídicas”⁶¹. De esta forma, según los casos, puede ser responsable “la concreta sociedad que ha asumido al trabajador, la sociedad madre o todas las sociedades del grupo”⁶².

No cabe duda que esta posición jurisprudencial tiene una finalidad tuitiva de los trabajadores, pero no es suficiente la utilización de criterios económicos-jurídicos para demostrar la existencia del grupo y otorgarle relevancia jurídico-laboral, pues, desde el punto de vista jurídico formal, los componentes del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas —físicas o jurídicas—, como empresas diferenciadas que son. Y desde el ámbito de las relaciones mercantiles, las necesidades de la economía de mercado han movido y difundido la concentración de capitales y de fuerzas empresariales, que se ha manifestado de formas múltiples, a veces bien diferenciadas, jurídica y económicamente.

Llegados a este punto, en los grupos de empresa se impone un vínculo económico organizativo tendente al logro de un fin empresarial común. Acoger la tesis de la existencia del grupo, por el mero hecho de la concurrencia de unidad de dirección⁶³

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J.L (1985), ob. cit., p. 107.

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L (1997), ob. cit., p. 261.

⁶³ En contra PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1998). “El desvelo de los grupos de empresa”. Aranzadi Social BIB 1998/424. Pág. 3 y 4. “En tercer lugar, la dirección unitaria, esto es, la actuación del grupo bajo unos mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección. La existencia de un

entre las sociedades integrantes del grupo plantea un problema la inseguridad jurídica que podría perjudicar a la economía productiva. Me explico, los acreedores, proveedores de las distintas empresas del grupo no sólo se verían expuestos a sus propios riesgos, sino también a las demás empresas, porque con esta doctrina se predica una responsabilidad solidaria, pese a la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y a la aparente autonomía de los componentes del grupo. Para ello haría falta una vinculación entre ellas que reuniría ciertas características para que tuviera transcendencia en el ámbito de las relaciones laborales.

Nótese que el Derecho del Trabajo parte sobre la base de un concepto contractual⁶⁴ del empresario, formulado de manera material⁶⁵, pues quien recibe la prestación laboral es quien se apropia de su utilidad y quien ostenta el poder de mando, dirección y gestión de la actividad empresarial. Desde esta perspectiva, estrictamente sustancial del art. 1.2 ET, el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina que ha venido

único órgano rector evidencia la existencia de un único patrono a efectos laborales, que debe responder solidariamente de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo: “Cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad que descansa fundamentalmente en el de realidad”; STS 12 de julio 1988 (RJ 1988/5802). Cuando «las sociedades demandadas —ha dicho el TSJ de Castilla-La Mancha en STS 24 diciembre 1993 (RJ 1993, 5433)—, aun actuando formalmente como independientes, lo hacen coordinadamente, con una dirección única, sometidas así a unos mismos dictados y coordinadas, nos encontramos ante un mismo patrono a efectos laborales con la consecuencia obviamente añadida de que las obligaciones nacidas del contrato de trabajo son exigibles no sólo de la sociedad que aparece en condición de empleador sino también de las otras que devienen cotitulares patronales en cuanto integrantes de un mismo grupo», STSJ Castilla-La Mancha 24 diciembre 1993 (AS 1993, 54331)“.

⁶⁴ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 62.

⁶⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1980), “Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: Las Comunidades de bienes”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 2. Página 220. “(...)noción patrimonialista precedente de la vieja ley de accidentes de trabajo de 1.900 que naturalmente no agota técnicamente el concepto de empresario (...)no es necesario que el patrono sea propietario de la explotación, bastando cualquier título”, sino decididamente la fórmula contenida en el artículo 1º. también LCT-“(...)obligándose a ejecutar una obra o prestar un servicio a unos o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter(...)”-, que permite ciertamente elaborar, por vía indirecta, una definición correcta de empresario”. DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 69. “Con ello se introduce un elemento patrimonial que estaba en la LCT, pero que no está en el art. 1 ET, donde el empresario es, como se ha visto, el que recibe la prestación de trabajo; no necesariamente el titular de la explotación donde se realiza el trabajo”.

asumiendo que los grupos de empresas tienen un ámbito propio como personas físicas o jurídicas independientemente, sin que sea suficiente que dos o más empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria contraída por una de ellas con sus propios trabajadores.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992), establece que *“desde el punto de vista jurídico formal, los componentes del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas –físicas o jurídicas–, como empresas diferenciadas que son”*. De forma similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de mayo de 1990 (Número 674/1990), en lo concerniente a la relación individual del trabajo, determina *“el tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresas contruidos por la jurisprudencia, con la ayuda de la doctrina científica, sobre unos datos normativos muy parcos”*, pero señala varios puntos firmes a tener en consideración. El primero de ellos, la imposibilidad dotar de un tratamiento único a los muy diversos supuestos de agrupación o vinculación de empresas que aparecen hoy en la vida económica, pero sí el de construir un marco jurídico donde queden integradas estas nuevas formas de organización. Así pues, el que una empresa tenga acciones en otra o que varias lleven a cabo una política económica de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a los efectos jurídicos-laborales, hace falta que el nexo o vinculación reúna ciertas características especiales para que tenga transcendencia en el ámbito de las relaciones laborales. En segundo lugar, entre tales características figuran, *“el funcionamiento unitario o integrado de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios empresarios y, la búsqueda artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales”*. En tercer lugar, la carga de probar la existencia de grupo de empresas y sus particularidades incumbe a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales atribuidos a los mismos en cada supuesto. No obstante, tal carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociales o mercantiles del grupo, que difícilmente estará al alcance del trabajador, pero sí ha de comprender las

características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo y, muy particularmente, en orden a la responsabilidad solidaria de los componentes del grupo⁶⁶. En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999 (Rec. 3599/1997), aunque sin la referencia a la utilización abusiva de la personalidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1207), el trabajador español prestaba servicios para la empresa “A” constituida en Inglaterra y era independiente y autónoma respecto de la demandada, si bien ésta absorbió el 99% de las acciones de aquella con la que mantuvo en todo momento estrechas relaciones de colaboración y comercial. El trabajador pertenecía a la empresa inglesa y pretende deducir del ofrecimiento de acciones de le hace la demanda a través de una carta de 05 de marzo de 1973, su pertenencia a ésta. Todo ello, al objeto que se le reconociera una antigüedad mayor, sobre la base de la existencia de una unidad de empresa. El Tribunal estima que a pesar que la empresa “A” actúan con criterio de subordinación, se impone el vínculo económico organizativo tendente al logro de un fin empresarial común, puesto que no es exacto afirmar que *“la empresa filial, con su personal, estaba dentro del ámbito de organización y dirección de “B”...porque en el citado precepto el trabajo -art. 1ET- que se regula y comprende es el humano, de persona singular o natural, como trabajador, en cuyo concepto no cabe admitir la persona jurídica”*. La idea de subordinación pasa a segundo lugar, para destacar la de la unidad de dirección de todas las empresas del grupo. En el grupo, la participación accionarial o la política de colaboración entre empresas, no comporta por sí sola la independencia jurídica de sus miembros. Es necesario que la vinculación o el nexo entre ellas reúna ciertos requisitos para trascender en el ámbito de las relaciones laborales, descartando el Tribunal la existencia de abuso en la utilización de la figura de la persona jurídica.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de mayo 1990 (Número 675/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de 1995 (Rec. 2820/1994). Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995 (Rec. 750/1995).

En este contexto de cooperación empresarial, la doctrina laboralista y, entre ellos CRUZ VILLALÓN⁶⁷, ha negado que la condición de empresario del grupo pueda asociarse al concepto de comunidad de bienes del art. 1.2 ET. El autor señala que “el grupo no existe pro indiviso alguno, sino todo lo contrario: la asignación precisa e independiente de concretos bienes y derechos a cada una de las personas jurídicas que se integran dentro del grupo, sin perjuicio de que ello se pueda ver complementado hacia el exterior con ciertas conexiones de la titularidad societaria”⁶⁸. Recuerda CRUZ VILLALÓN⁶⁹, cuando el legislador introduce la expresión de comunidades de bienes como posible sujeto empleador, lo hace expresamente pensando en formas embrionarias y escasamente estructuradas de agrupación de personas físicas como las comunidades de vecinos, comunidades de regantes, etc. Pero el grupo “es la forma más compleja de articulación de la personalidad jurídica siendo de ordinario una agrupación de personas jurídicas independientes, donde, desde luego, no concurre propiedad pro indiviso de bienes y derechos”⁷⁰, concluyendo que “la legislación vigente omite conscientemente la referencia del grupo de empresas en el elenco de sujetos que actúan como empleador, optando por dar preferencia a la actuación de la empresa filial con personalidad jurídica independiente como sujeto del contrato de trabajo”⁷¹.

Por su parte, MONTOYA MELGAR también rechaza la condición de empresario del grupo. Para este autor el grupo de sociedades se descomponen en tantas personas

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 35. ORTÍZ LALLANA, M^a CARMEN, (985), “Los grupos de empresas: determinación del empresario responsable”. *Revista Actualidad Laboral*, número 39-40. Página 1945 y ss. VAZQUEZ MATEO, F. (1985), “Grupos de empresas y derecho individual del trabajo”. *Revista Derecho Laboral*, número 16. Página 117 y ss. PENDAS DIAZ, B. (1987), “La figura del grupo de empresas y otras afines en el ámbito laboral”. *Revista Derecho Laboral*. Página 7 y ss. GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1989), “Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales”. *Relaciones Laborales*, número 21. Página 8 y ss.

⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 46.

⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 46.

⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 46.

⁷¹ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 47.

jurídicas como sociedades la integran, por tanto, carente de personalidad jurídica, le hace incapaz de asumir la condición de empresario, tanto en el ámbito mercantil como laboral⁷². Así lo entiende también GIRON TENA, para quien para que haya un grupo debe existir necesariamente una pluralidad de sociedades jurídicamente independientes, aunque económicamente subordinadas a una dirección única. Por su parte PALOMEQUE LÓPEZ⁷³, señala que con anterioridad a la promulgación del ET, se daba la existencia de entes desprovistos de personalidad jurídica que asumían la posición contractual del empresario. Era el caso de las comunidades de bienes o figuras próximas, como las comunidades de propietarios de régimen horizontal, agrupaciones temporales de empresas y asociaciones sin personalidad jurídica del artículo 108 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario. De modo que, la expresión comunidades de bienes venía a sancionar supuestos de hecho y comportamientos largamente introducidos en el Derecho del Trabajo y no, los grupos de empresas⁷⁴.

Para CAMPS RUIZ, el problema que plantea la configuración del régimen jurídico laboral de los grupos de empresas surge a la hora de determinar quién es el sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades propias de la condición de la condición de empresario. Ello plantea una cuestión respecto de responsabilidades derivadas de la condición de empresario ¿deben imputarse la responsabilidad a la sociedad que formalmente aparece como titular de la relación laboral o también al resto de las sociedades integrantes del grupo o también a la sociedad matriz?. Para este autor, el

⁷² MONTOYA MELGAR, A. (1983), "Empresas multinacionales y relaciones de trabajo". *Revista de Derecho de Trabajo*. Pág. 487. "(...)El grupo es incapaz de asumir la condición de empresario, tanto en sentido mercantil como laboral(...)tal condición sólo puede recaer en cada una de las sociedades, con personalidad jurídica, integrada por lazos más o menos formales en el propio grupo".

⁷³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1980), ob. cit., p. 222 y 223.

⁷⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), ob. cit., p. 116.

grupo no puede asumir la condición de empresario, lo que sucede es una situación de pluralidad empresarial en los supuestos de confusión de plantilla y/o patrimonio⁷⁵.

En conclusión, los grupos de empresas no son sujetos de relaciones laborales a tenor del art. 1.2 ET. Pero es esta también la voluntad de sus miembros⁷⁶, al margen de la consideración del mismo como un centro de tomas de decisiones. Y así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial definiendo el grupo como “*el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria*”⁷⁷, manteniendo la independencia jurídica de sus miembros como centros de imputación específicos⁷⁸, sobre las que van a recaer las consecuencias económicas de la extinción de contratos y las exigencias del procedimiento. La característica principal del grupo nace en la opción de que, cada empresa del grupo quede sujeta a un actuar por separado del resto de las empresas, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad. De modo que, la unidad jurídica plena, no es una solución; sería una negación del grupo⁷⁹.

⁷⁵ CAMPS RUIZ, L.M (1990), “El concepto laboral de empresario. Comentario al art. 1.2 ET”, en AA. VV (E. BORRAJO DACRUZ, dir), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, Edersa, Madrid, 1990. Página 47.

⁷⁶ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 50.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

⁷⁸ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 37.

⁷⁹ GIRÓN TENA, J. (1965), “Los grupos de sociedades”, en las grandes empresas, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid. Página 124 y 125. Nota 74. RIVERO LAMAS, J. (2000), “La descentralización productiva y las nuevas formas de organizativas de trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, MTASS. Pág. 59. “(...)por definición, hay que excluir la técnica de atribuir relieve jurídico al grupo...y ello porque especificidad de la figura del grupo no resude en la unidad económica, sino en la coexistencia de ésta -más o menos lograda, según los casos- con la pluralidad de sujetos empresariales que conforman el grupo y, que están llamados a tener una actuación diferenciada y distinta, aunque se hayan establecido formas de coordinación”. En contra, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1998), ob. cit., p. 2-11. “En los supuestos en los que el grupo resulta ser el verdadero empresario laboral... se trata, así, de «restaurar» la correspondencia entre el empresario “real” y el “formal”, de hacer que responda como empresario laboral quien recibe la prestación de servicios de forma subordinada y por cuenta ajena(...)y huir de cualquier intento de “subjetivación” del grupo que supusiese la “demonización” de esta realidad económica y, dígase lo que se quiera, también jurídica”. En el mismo sentido, MORENO GENÉ, J., (2003), *Aspectos jurídicos-laborales de las empresas filiales. La identificación del empresario responsable*. Editorial Tecnos. Pág. 236 y 237. “(...)la consideración del

Piénsese por ejemplo como, en momento alguno, la normativa ha atribuido la iniciativa a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo —en todo momento quien despide es la empresa o el empresario y no el grupo⁸⁰—; o como, la DA 16ª de la Ley 27/2011, de 01 de agosto, obliga a las empresas que realicen despidos colectivos, de acuerdo con lo establecido en el art. 51 ET y que incluyan a trabajadores de 50 o más años, a efectuar una aportación económica al Tesoro Público, independientemente de que la decisión la haya tomado la dirección del grupo o la empresa dominante⁸¹; o como el art. 10 del Real Decreto 84/1996, no considerara empresario al grupo, solamente a aquella persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro; o como la jurisprudencia civil ha negado la existencia de personalidad jurídica de los grupos, concluyendo que *“a) la existencia de un grupo de empresas como realidad fáctica, no se traduce en la creación de una nueva persona*

grupo de empresas como un único sujeto supone no tener en cuenta la realidad intrínseca que encierra el grupo de empresas, es decir, la pluralidad subjetiva -punto de vista jurídico- que acompaña a la unidad económica -punto de vista económico- “.

⁸⁰ APILLUELO MARTÍN, M. (2013). “Grupo de empresas y despido colectivo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 11/2013. Editorial Aranzadi. BIB 2013/430. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Rockfon C-449/93). Rockfon y otras tres sociedades de producción del grupo, poseen un departamento común de personal, encargado de las contrataciones y de los despidos. En el supuesto de que se contemplara el despido de varios trabajadores por paro técnico, el jefe de unidad debía informar al representante del personal del departamento en cuestión y cerciorarse, al propio tiempo, en el departamento de personal, de que no se habían sobrepasado las cuotas comunitarias. Rockfon despidió de 24 a 25 personas del total de 162 trabajadores con que contaba en aquel momento sin consultar previamente a los trabajadores afectados ni tampoco informó por escrito a la autoridad competente acerca de los despidos, al considerar que Rockfon forma parte de un grupo de empresas, de forma que debía considerarse para el cómputo total del despido colectivo la totalidad de los trabajadores del grupo de empresas y, en consecuencia no se había vulnerado el procedimiento de información y consulta. El Tribunal concluye que, en ningún momento debe restringirse ni prohibirse la capacidad de las empresas para organizar sus actividades o la de estructurar su departamento de personal de la forma que le parezca más adecuada para cubrir sus necesidades. De modo que, independientemente que las empresas del grupo mantengan una estructura facultada para ejercer autónomamente despidos, no es razón suficiente para considerar al grupo a los efectos de umbrales del despido colectivo, *“si bien ninguna de ellas ostenta una posición de predominio sobre las otras u otras”*, siendo el centro de trabajo al que están adscritos los trabajadores por el despido, la unidad de cómputo.

⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Akavan C-149/16). *“Una empresa que controla al empresario, aun cuando pueda adoptar decisiones vinculantes para éste, no tiene la condición de empresario”*.

jurídica (...). c) Si existiere abuso de personalidad jurídica, o se hubiese acudido a un fraude para eludir una norma, bajo la aparente cobertura de otra, esos antijurídicos procedimientos serán encajables en las instituciones del abuso del derecho, o del fraude de ley, con la necesaria prueba de la existencia de un daño y la inmoralidad de ese daño”⁸².

2 Algunas reglas especiales

La ausencia de tratamiento legislativo de los grupos desde la perspectiva jurídica, no ha impedido la promulgación de un buen número de normas que se refieren específicamente a los grupos en las diferentes ramas del Derecho –Tributario, Contable, Mercantil, Laboral y, mercado de valores- no señalando ningún concepto legal del mismo, ni definiendo ninguna figura jurídica en el tráfico jurídico destinataria de un régimen legal propio.

Por ejemplo, en el ámbito mercantil y del mercado de valores, la normativa básica de los grupos de sociedades se contiene en el Código de Comercio art. 42 a 49, en la Ley de Sociedades de Capital art. 4 y, en la Ley del Mercado de Valores art. 4.

En el ámbito contable, cuando se habla de grupos de sociedad hace referencia a la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, obligando en su artículo 2 a formular cuentas anuales consolidadas a los grupos de sociedades, incluidos los subgrupos, cuya sociedad dominante sea una sociedad española⁸³.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1988 (Sentencia 774/1998).

⁸³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1985), “Los grupos de sociedades y las cuentas consolidadas. Reforma pendiente del derecho mercantil”. *Hacienda Pública Española*, número 94. Página 212. “La suma de los balances redactados individualmente por las empresas agrupada no refleja adecuadamente y de manera fiel la realidad de la situación patrimonial y del beneficio que se ha obtenido por la unidad económica en conjunto. De un lado, por ejemplo, el crédito concedido por la empresa dominante a su filial aparecería dos veces: una, en el balance de la dominante; otra, diseminado en el conjunto de activos de la filial. Por otro lado, como consecuencias de operaciones entre las empresas del grupo podrían aparecer beneficios que, por no haberse obtenido mediante operaciones con terceros, todavía no son realmente beneficios

En el campo fiscal se considera al grupo carente de personalidad jurídica, siendo responsable solidario de las deudas tributarias todas las sociedades del grupo. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia de 2 diciembre 1996, así pues, *“en el campo fiscal se considera al grupo, carente de personalidad jurídica, sujeto tributario con responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por las deudas tributarias [art. 38 de la Ley 10/1985, de 26 abril, que modifica la Ley General Tributaria]”*.

Y finalmente, en el ámbito del Derecho del Trabajo, existen igualmente normas específicas que regulan aspectos concretos de los grupos de empresas, si bien de forma indirecta y aislada, cuando no ambigua⁸⁴. Por ejemplo:

- El artículo 16.1 y 5, 80.1 b) y 249 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Preceptos casi todos ellos dirigidos a la vinculación de la personación procesal del grupo atribuyéndoles la correspondiente legitimación ordinaria, activa o pasiva⁸⁵.
- Art. 15.5 ET, encadenamientos de contratos para un mismo o diferente puesto de trabajo con el mismo grupo de empresa.
- Artículo 44.10 ET, en relación a las obligaciones de información y consulta en la transmisión de empresas.
- Artículo 51. 8 ET, en relación a las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores en curso de los procedimientos de despido colectivos, independientemente de que la decisión relativa a los

del grupo como unidad económica. De aquí la necesidad de utilizar un instrumento contable que supere los inconvenientes de la suma de los balances individuales”.

⁸⁴ BERTRÁN MENDIZABAL, F. (1985), “Los grupos de sociedades: algunos aspectos financieros, laborales y fiscales”. *Hacienda Pública Española*, número 94. Página 149. SEMPERE NAVARRO, A. Y ARETA MARTÍNEZ, M. (2004), “El derecho del trabajo y los grupos de empresas: inventario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 48. Página 98.

⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), “Notas acerca del régimen contractual laboral de los grupos de empresa”. *Revista Temas laborales*, número 38. Página 38.

despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él⁸⁶.

- Artículo 87, apartados 1.3 y 3.b) ET en relación con la negociación colectiva.
- Artículo 4.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, se refiere a los grupos de empresas con o sin obligación de formular cuentas consolidadas y la obligación de aportar la documentación en caso de despido colectivo por causas económicas.
- Artículo 2.1.1.b) de Ley 45/1999, de 29 de noviembre. Precepto que comprende los “desplazamientos de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa que forme parte del grupo”. Así como el artículo 1.3 b) de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo.
- Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, artículos 3.1.3º, 4.1 y, 4.2 Cláusula de conciencia de los profesionales de la información, artículo 2.1 b) LO 2/1997, en virtud de la cual tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con las empresas de comunicación en que trabajen, cuando la empresa le traslade a otro medio del mismo grupo que por su género suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.
- Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresas europeo o de un procedimiento de información y consulta a los

⁸⁶ En aplicación de la Directiva 1998/59/CEE, relativa a la armonización de las legislaciones sociales en materia de despidos colectivos, que establece en su artículo 2.4.

trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Derogada por la Directiva 2009/38/CE del Parlamento europeo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresas europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

- Normativa sobre incentivos a la contratación indefinida, artículo 6.1 c) de la Ley 43/2006.
- Artículo 9 del Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

3 Levantamiento del velo y responsabilidad solidaria

3.1 El fraude como elemento de responsabilidad

Los grupos de empresas son formas de organización lícitas que tienen su encaje dentro de la propia Constitución, cuyo artículo 38 CE, establece que *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*⁸⁷. La doctrina jurisprudencial no impide que por razones de estrategia empresarial traten de encontrar la dimensión óptima que facilite la obtención de economías de escala y la reducción del riesgo o, se utilicen técnicas de segregación, de tal forma que

⁸⁷ GOERLICH PESET, J.M (2014), ob. cit., p.3. “El punto de partida remoto de la reflexión jurisprudencial sobre grupos de empresas o de sociedades es, por supuesto, el silencio que el legislador en general, y el laboral en particular, guarda sobre su noción y régimen. Intuitivamente sabemos que vienen constituidos por personas jurídicas que se interrelacionan mediante vínculos societarios, normalmente accionariales, que posibilitan la jerarquización entre ellas mediante su sujeción a una dirección común. Pero cada una de ellas mantiene su propia personalidad formal y diferenciada de las restantes. En este contexto, el original silencio normativo al respecto no puede sino interpretarse en un doble sentido: de un lado, la admisibilidad de esta forma organizativa, que ninguna norma condiciona y que, al límite, entronca con la libre iniciativa económica del art. 38 CE; de otro lado, la irrelevancia en términos jurídicos de su existencia, puesto que, ante el silencio normativo, sólo las sociedades que lo integran alcanzan trascendencia para el ordenamiento”.

constituyan varias, cada una de las cuales queda sujeta a una titularidad diferente y desarrolla una actividad concreta del proceso productivo. En este contexto, cada empresa actúa de forma separada, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad, lo que conlleva a no mezclar sus patrimonios ni sus plantillas ni ofrecerse al exterior bajo esa imagen de una única empresa. Así pues, el hecho de que una empresa aparezca integrada en un grupo, no tiene relevancia los vínculos societarios entre aquéllas⁸⁸, puesto que no interfieren *“en absoluto en la plena e independiente personalidad jurídica de cada una de las sociedades ni en la vinculación laboral de los trabajadores adscritos a ellas, aun cuando puedan existir directrices concordantes en aspectos económicos, de mercado, etc...”*⁸⁹.

En otras ocasiones, la irrelevancia de los vínculos societarios como posición general de partida puede ser distinta si se producen interconexiones personales, financieras y productivas entre las empresas del grupo⁹⁰, lo que en algunas ocasiones provocará la degradación de las condiciones de trabajo o la pérdida de garantías por parte del trabajador en el ámbito de la relación laboral no siendo precisamente una forma normalizada de cooperación entre empresas, la degradación de los derechos de los trabajadores. En este contexto, reconducir tal extremo a la ilicitud del grupo de empresas laboral⁹¹, no sería coherente si desde la perspectiva del Derecho Mercantil

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 1999. (Rec. 1189/1999). *“(...)por el mero hecho de que una empresa aparezca integrada en un grupo o parte de sus acciones pertenezcan a otra o coincidan sus elementos directivos, no debe considerarse ilícito jurídicamente, sean cuales fuesen las relaciones civiles o mercantiles que las vinculen, puesto que ello está perfectamente amparado en el art. 38 de la CE”*.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 1999 (Rec. 558/1999).

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990 (Número 1410/1990). *“(...)son de apreciar los factores que la jurisprudencia pondera a efectos de declarar la comunicación de responsabilidad -confusión de plantillas, confusión de patrimonio, apariencia externa de unidad empresarial y, con ciertos matices, unidad de dirección-, pues la relación material traída al proceso no encuentra su disciplina en la rama social del Derecho, lo que excluye que de los contenciosos que de aquélla deriven haya de conocer este orden social”*.

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014). *“...el grupo de empresas laboral es una figura ilícita y su existencia deriva precisamente de una serie de*

es ajustada a derecho la formación de grupos de empresas y su actuación conforme a las previsiones normativas, pues ello comportaría que un mismo ordenamiento jurídico, “concedería dos respuestas distintas a un mismo fenómeno que llegaría a contemplarlo como ilegal y como legal a la vez”⁹². En todo caso, la ilicitud sería predicable de las maniobras dirigidas a restringir los derechos de los trabajadores, pero no del grupo de empresas laboral en sí mismo.

En el ámbito de la jurisdicción Civil y Mercantil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (Sentencia número 330/1984), por primera vez invoca levantar el velo de la personalidad jurídica, declarando la comunicación de responsabilidades empresariales entre las sociedades pertenecientes al grupo persiguiendo con ello que no se utilice la legalidad para obtener finalidades que van más allá de las que la ley persigue o protege, admitiendo la posibilidad que los jueces puedan llegar al interior de las personas cuando sea preciso para evitar situaciones en las cuales al amparo de una ficción, se puedan perjudicar los intereses de terceros, ya sean públicos o privados, como camino del fraude -artículo 6.4 del Código Civil-, admitiéndose la posibilidad de penetrar –los jueces- en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia -art. 7.2 del Código Civil-, en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución)⁹³. El razonamiento que viene a justificar la teoría del levantamiento del velo es un

incumplimientos de la legalidad laboral y contable por parte de la empresa, como se ha explicado detalladamente (prestamismo laboral, incumplimiento de obligaciones de contabilización con cargo a valor razonable, uso abusivo de la personalidad jurídica mediante sociedades sin dirección...”

⁹² Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005 (Proc. 215/2004).

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 04 de marzo de 1988 (Sala de lo Civil) Sentencia (Número 168/1988). “*La práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar («levantar el velo») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (fundamento del orden público y de la paz social, artículo 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (artículo 7.2 del Código Civil)*”. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 04 de junio de 2002 (Sentencia 306/2002).

conglomerado de cláusulas generales -buena fe, equidad, abuso de derecho, fraude de ley, ejercicio antisocial de un derecho, intereses de los demás- basadas en figuras generales de difícil argumentación que difícilmente pueden abocar a una solución razonada.

En primer lugar, conforme el art. 3.2 CC la equidad “*habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*”, sin embargo, ni existe norma que a efectos de levantar el velo permita que se pueda recurrir a la equidad⁹⁴, ni se puede recurrir a la vía de la equidad para que el juzgador la utilice en sus resoluciones, cuando la ley expresamente no lo permite⁹⁵. En el momento que, fuera admisible dar el visto bueno a un levantamiento de velo basado en el fundamento de la equidad, la resolución del juzgador, escaparía a la sanción casacional, pues en ningún caso podría afirmarse que se hubiese producido la violación de un precepto legal, único campo en el que se mueve este recurso⁹⁶ y, las facultades discrecionales del juzgador en aplicación del principio de equidad, conllevaría a la falta de conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de los actos y omisiones de las personas no favoreciendo la seguridad jurídica, si bien de lo que se trata es de dar seguridad y confianza a las relaciones jurídicas y evitar un objetivo no deseado por el ordenamiento jurídico⁹⁷.

⁹⁴ GALIANA MORENO, J. (1980), “La readaptación judicial del Derecho del Trabajo (el sentido de la equidad y la jurisprudencia). *Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, numero 3. Pág. 313 y ss.

⁹⁵ De Castro y Bravo, F. (1984), *Derecho civil de España*, Tomo II. Editorial Civitas. Págs. 471 y 472. El supuesto de la aplicación de la equidad “es la inadecuación -carencia de equidad- entre un caso concreto y la regla que parece regularlo: la inadecuación no resulta ni de la regla, ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de justicia: es este el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule, no por la regla, sino por el principio de justicia”.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre 1995 (Rec. 1698/1992).

⁹⁷ ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L (2009), ob. cit., p. “No obstante, como se ha tenido ocasión de comprobar, por una parte, los fundamentos del desvelo hallados no son convincentes y, por otra parte, es harto difícil congeniar certidumbre jurídica y levantamiento del velo. La postura de este sector

En segundo lugar, el principio de la buena fe, utilizado como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa *“la fijación de su significado y alcance y en este sentido ya la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1965 estable una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, “en términos generales”, a admitir contradicen dicho principio, concretando que se falta a la buena fe cuando se va “contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella”*⁹⁸. La doctrina de los actos propios quedaría reflejada en aquellas situaciones donde varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinadamente sin ocultación de ningún tipo y recibiendo los rendimientos por cuenta ajena que redunda en beneficio común, debe entenderse que constituyen el marco de la relación laboral y asumir conjuntamente sus responsabilidades, aplicando la teoría de los actos propios cuando el actor unilateralmente persigue dejar sin efecto esa apariencia de unidad en ejercicio de la actividad empresarial. Pero también es cierto que la obligación de no contravenir los actos propios y la obligación de comportarse de acuerdo con el principio de la buena fe, no resolvería aquellas situaciones donde se oculta el actuar coordinado de varias personas jurídicas y/o físicas, evitando asumir conjuntamente sus responsabilidades. Sin embargo, a pesar de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (Sentencia número 330/1984) habla del principio de la buena fe, no exige, como causa esencial para su aplicación que se actúe de mala o buena fe, más bien, ha encomendado a los Tribunales la función de penetrar en el substrato de las personas jurídicas, cuando se pretenda abusar de su independencia para eludir sus responsabilidades, con la finalidad de prevenir posibles daños a intereses de terceros⁹⁹. En realidad, la doctrina

doctrinal no es admisible puesto que no es posible dar el visto bueno a un levantamiento del velo basado en fundamentaciones de equidad, sin pagar un tributo considerable, a saber, la seguridad jurídica”.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982 (Sentencia número 236/1982).

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (Sentencia número 429/1990).

del levantamiento del velo descansa sobre el plano normativo de la buena fe como límite para el ejercicio de los derechos, pero a través de la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley como formas típicas de un ejercicio extralimitado al principio de buena fe¹⁰⁰. De modo que, los cauces para organizar una protección eficiente de los derechos de los terceros e imputar la responsabilidad directamente a las sociedades, se fundamentaría jurídicamente conforme al contenido número 4 del art. 6 y número 2 del art. 7 ambos del Código Civil, al objeto de superar la conducta fraudulenta en perjuicio de intereses legítimos de terceros y evitar el abuso del derecho.

Sin embargo, la utilización del levantamiento del velo ha sido criticada por un sector de la doctrina Civil y Mercantil¹⁰¹, frente a aquel sector que aboga por su utilización¹⁰² como medida excepcional ante la inoperancia de las normas de Derecho para resolver los casos conforme a criterios de justicia material, pero con matices, se acepta la técnica del levantamiento del velo manifestada a través de la manifestación del fraude de la persona jurídica y no, a través del abuso del derecho.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de marzo de 2015 (Rec. 226/2013). *“La estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley –art. 7.2 y 6.4 del Código Civil- viene a resaltar el fundamento primario expuesto –la buena fe- en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores ínsitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuran el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión”*.

¹⁰¹ ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L (2009). *“Derechos de Grupos de Sociedades”*. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2009/403. En nota 1, partidarios *“DE CASTRO, Temas de Derecho Civil, cit., págs. 75 y ss.; EMBID, La Ley, 1990-4, cit., págs. 612 y ss.; DE ÁNGEL, La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia, 4ª ed., cit., passim.; DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derecho Civil, I, 9ª ed., cit., págs. 602 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, 25ª ed., cit., págs. 248-249; BOLDÓ, Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español, 3ª ed., cit., passim.; VICENT, Introducción al Derecho Mercantil, 15ª ed., cit., págs. 237 y ss.; GIRGADO, La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo, cit., págs. 77 y ss. En la doctrina extranjera, singularmente, SERICK, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, cit., passim”*.

¹⁰² ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L (2009), ob. cit., en nota 2, detractores *“PANTALEÓN, CCJC (1984), cit., págs. 1707 y ss.; PAZ-ARES, ADC, XXXVI (1983), cit., págs. 1587 y ss., ídem, en: URÍA/ MENÉNDEZ, Curso de Derecho Mercantil, I, cit., págs. 548 y ss.; GIRÓN, Derecho de Sociedades, I, cit., págs. 160 y ss.; EIZAGUIRRE, Derecho de Sociedades, cit., págs. 87 y ss. En la doctrina extranjera, precursores fueron MÜLLER-FREIENFELS, AcP, 156 (1957), cit., págs. 522 y ss.; ASCARELLI en: ASCARELLI, Problemi giuridici, I, cit., 233 y ss.*

La institución del abuso de derecho fue introducida con la reforma del título preliminar del Código Civil en el año 1974. Tiene un origen jurisprudencial que, arranca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 y, se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica, incurriendo en *“responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad”*. Para juzgar sobre la apreciación en cada caso si existe abuso de derecho la jurisprudencia ha precisado la necesidad de concurrir los siguientes requisitos; *“a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)”*¹⁰³. El análisis de la doctrina conduce a examinar si el abuso del derecho puede invocarse cuando la personalidad jurídica se utiliza para fines ajenos o contrarios a los fijados por el ordenamiento, sobrepasando los límites del orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Es un hecho que, la persona jurídica es un instrumento dotado de personalidad propia, distinta de los miembros que la componen y con plena capacidad para intervenir en el tráfico jurídico pudiendo adquirir y poseer toda clase de bienes, conforme a las leyes y reglas de su constitución, art. 35 al 39 Código Civil. Se trata, por tanto, de una institución instrumental, amparada por Ley para intervenir en la vida económica a través de sus órganos de gobierno y distinta de las voluntades individuales de sus miembros. De modo que, no concurren los requisitos para la aplicación de la mencionada doctrina del abuso de la personalidad jurídica, por cuanto, a) toda la

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2001 (Rec. 1123/1996). Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2010 (Rec. 373/2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (Rec. 658/2010). Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2014 (Rec. 701/2012).

actuación de la persona jurídica queda amparada por la cobertura de un derecho objetivo y, es cuando menos forzada toda actuación que, amparada por la cobertura de un derecho objetivo, cause daño a un interés ajeno, trasladando al derecho objetivo la idea de abuso, nacida en el ámbito subjetivo¹⁰⁴; b) el abuso no entra en juego cuando el interés dañado se encuentra protegido por una específica prerrogativa jurídica, en este caso los daños de la persona jurídica vendrían determinados por las operaciones ordinarias propias de su objeto social; y c) cuando el daño derivase de un derecho estatutario, más que instarse el abuso del derecho para invocar una indemnización por los daños o privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio, la acción que podrá ejercitarse será la nulidad de la sociedad, por ser el objeto social contrario al orden público o ser ilícito, art. 56 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el ámbito laboral de los grupos de sociedades sí cada sociedad opera en todos los órdenes con independencia de las demás será responsable exclusivamente de su actuación¹⁰⁵, mientras que si la actuación es conjunta con arreglo a criterios de

¹⁰⁴ ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L. (2009), ob. cit., p.3.

¹⁰⁵ No existe grupo de empresa a efectos laborales entre el órgano ejecutivo de una Administración Pública y una entidad de derecho público adscrito al mismo. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2017 (Rec. 115/2017). La demanda se dirige frente al Ayuntamiento y la Mancomunidad intermunicipal. La línea argumental, entre otras, versa sobre la existencia de un grupo empresarial entre el Ayuntamiento y la Mancomunidad intermunicipal. En la Sentencia queda acreditado que existe una Mancomunidad que activa los mecanismos de colaboración, auxilio y complementariedad que justifica su propia existencia, sin que se haya apreciado *“utilización fraudulenta de la personalidad por parte del Ayuntamiento o la Mancomunidad (sino la creación de un ente en el que se integran otros, a efectos mejorar la prestación de servicios públicos), ni el uso abusivo de la dirección unitaria (sino la normal interacción de las personas que están al frente de las entidades agrupadas), ni la unidad de caja (sino la colaboración financiera prevista legalmente), ni la confusión patrimonial (sino la recaudación de impuestos cedidos), ni la indiferenciada prestación de servicios por los trabajadores (sino eventuales destacamentos de unos pocos)”*.

Tampoco se da la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales entre una Administración Pública y una empresa local al considerar que no existe cesión ilegal de trabajadores ni abuso de posición o actividad fraudulenta de la mercantil para realizar actividades que en realidad eran del Ayuntamiento. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Julio de 2017 (Rec. 27872016). El Tribunal constata *“que los trabajadores despedidos «realizaran tareas en distintos departamentos del Ayuntamiento y por ello tampoco que la empresa realizara otras actividades que no fueran en materia de turismo y que se correspondían con la Encomienda de gestión de los servicios relacionados con la*

subordinación o bien de coordinación¹⁰⁶, en mérito de determinadas conexiones o relaciones, es una consecuencia del funcionamiento unitario que puede tener trascendencia jurídica, cuando se superpone la formal autonomía jurídica de cada sociedad sobre lo que no es sino una sola realidad económica y organizativa. El problema que plantea la configuración del régimen jurídico-laboral de los grupos de empresa es determinar quién es el sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades propias de la condición del empresario. Tales responsabilidades ¿deben imputarse, exclusivamente y, en todo caso, a la sociedad que formalmente aparece como parte del contrato o, también cabría derivar una responsabilidad solidaria de todas o parte de las empresas que componen un grupo empresarial en los casos en los que el comportamiento del grupo o parte del mismo tenga trascendencia en el ámbito laboral? ¿es técnicamente correcta y puede aplicarse a la jurisprudencia social sobre los grupos de empresas la teoría del desvelo?

El legislador ha optado por una aptitud abstencionista a la hora de dotar de un tratamiento jurídico completo y unitario al grupo, persiguiendo mantener la independencia de las empresas integrantes del grupo –siguen siendo titulares de su patrimonio- como centro de imputación del grupo y el sometimiento a una política empresarial común –dirección económica unitaria-¹⁰⁷. La ausencia de un régimen

promoción y desarrollo turístico en el municipio de Aranjuez, respecto a los cuales la propia Inspección reconoce que la empresa dispone de medios propios, aunque no para otras actividades que entiende que realiza”.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). “a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]”.

¹⁰⁷ El grupo Federal IU-IC, durante la tramitación de la reforma laboral de 1.994, introdujo en el ET una enmienda al art. 1.2 que atribuía al grupo la condición de empresario. Enmienda número 293, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 42-4, de 22 de febrero de 1.994, página 155). “Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controla, directa o indirectamente, a las demás. En todo caso, se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante, cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio. Las empresas pertenecientes a un mismo

jurídico-laboral a la hora de dar respuesta a las cuestiones planteadas, la jurisprudencia y la doctrina judicial han jugado un importante papel a la hora de construir un régimen jurídico-laboral para la adecuada defensa de los derechos de los trabajadores en el ámbito del grupo de empresas a través de la utilización de la doctrina del levantamiento del velo. En la actualidad, la jurisprudencia del grupo es percibida por la propia Sala IV del Tribunal Supremo como algo consolidado, lo que no ha impedido un copioso tratamiento jurisprudencial, desde una primera fase en la que la pertenencia al grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, pasando por una segunda fase de búsqueda de un criterio rector en el ámbito laboral para extraer del mismo las consecuencias procedentes en materia de imputación de responsabilidad y, una última fase de consolidación que, persistiendo en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, admite la transcendencia laboral *“del grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales”*¹⁰⁸.

La doctrina construida en la primera etapa¹⁰⁹, al objeto de corregir las posibles desviaciones que pudieran darse en el ámbito de las relaciones laborales, procedía a buscar la realidad auténtica de los hechos más allá de los formalismos y formalidades jurídicas¹¹⁰ para proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, aplicando el principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente¹¹¹ y la del fraude de ley¹¹². A tal fin,

grupo responderán solidariamente de las obligaciones dimanantes de la relación laboral”. Enmienda rechazada por la mayoría parlamentaria.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

¹⁰⁹ Esta doctrina parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 enero 1968 y Sentencia del Tribunal Supremo 19 de mayo 1969 citada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1987 (Sentencia número 1833/1987). Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1987 (Sentencia número 433/1987).

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de septiembre de 2007 (Rec. 3004/2007). *“En el caso del contrato de trabajo, éste se configura con un empresario aparente, que contrata formalmente con los trabajadores, pero éstos prestan sus servicios a otra persona que es el*

la jurisprudencia tenía por sentado que para la imputación de la responsabilidad solidaria a una pluralidad de empresas, la asignación de la carga de la prueba de su existencia y de sus particularidades a quien pretendía hacer valer los efectos jurídicos-laborales, pero esta carga no había de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociables o mercantiles del grupo¹¹³, pero sí, el Tribunal sentenciador determinar la transcendencia de la relación existente entre los hechos que se reputaban acreditados y aquellos otros que son objeto de derivación de los anteriores, de modo que, a la consecuencia que de aquellos se obtiene, se llegue a la simple superación de la personalidad jurídica societaria.

Pero, no obstante lo anterior, la aproximación del fraude a la figura del grupo de empresas laboral plantea un problema. Aunque el levantamiento del velo descubriera la existencia de vínculos de cooperación entre empresas para contemplar la realidad unitaria del grupo, no es suficiente para la extensión de la responsabilidad. No puede afirmarse que, la existencia de un estructura y dirección organizativa en común no sólo en el ámbito directivo, sino también en la gestión empresarial, son razones suficientes para afirmar la comunicación de la responsabilidad¹¹⁴. Si fuese así, los casos de

empresario real -la cual no aparece como sujeto de las respectivas relaciones jurídicas-. De esta forma, se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden atribuidos a un titular ficticio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, con elusión por tanto del que efectivamente sí lo hace. Se da con ello en esta operación un elemento de distorsión, que la aproxima en cierta medida a la simulación negocial”.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1987 (Sentencia 1838/1987). “La constatación de una conducta con apariencia de licitud que posibilita, al amparo de una norma legal vigente, la obtención de un resultado o un beneficio no debido ni pretendido por la norma a la que se acogió quien, con su actuar, procedió anormal e irregularmente y cuya plena probanza resulta inexcusable en orden a la acreditación de su obligado soporte fáctico”.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1968 (RJ 1968/26), Sentencia del Tribunal Supremo 12 de noviembre de 1974 (RJ 1974/4050), Sentencia del Tribunal Supremo 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6094) y Sentencia del Tribunal Supremo 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7838).

¹¹⁴ Voto particular formulado por D. AURELIO DESDENTADO BONETE, al que se adhieren D^ª. MILAGROS CALVO IBARLUCEA, D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ, D. JOSE MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, D. MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN y D. JESÚS SOUTO PRIETO a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2012).” *No puede afirmarse, por tanto, que esa extensión es procedente porque exista una estructura y dirección organizativa común a las tres sociedades no sólo en el ámbito directivo, sino en la gestión empresarial, considerando que es así porque*

levantamiento del velo, en los que el recurso a la institución de la persona jurídica, no son sino supuesto de fraude de ley, en los que la norma de cobertura que se emplea para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, es la normativa de la persona jurídica¹¹⁵, constituiría siempre un fraude y, como se ha visto, la doctrina jurisprudencial parte de la licitud de los grupos de sociedades¹¹⁶. El fallo radica en pensar que la creación de entidades distintas, a las que se ha de aplicar la doctrina del levantamiento del velo, se han creado con la finalidad de obtener unos beneficios en perjuicio de los intereses de los trabajadores. Estimar la existencia de la persona jurídica como elemento de ficción en el funcionamiento del grupo no supone necesariamente que exista fraude¹¹⁷, pues ese elemento de ficción es inherente a la

"la dirección, administración, informática y mantenimiento de las tres sociedades" son realizadas por el personal de "E. S.A.", siendo además en esta sociedad en la que se toman las decisiones estratégicas del grupo".

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (Rec. 1870/1990). *"...se deduce que el fraude de ley requiere la constatación de dos extremos: De un lado, la realización de una conducta que suponga la violación de una ley, en la medida que contravenga su finalidad práctica; de otro, que la norma o ley de cobertura en la que se ampara esa conducta no proteja el fin perseguido por su autor".*

¹¹⁶ A título ejemplificativo, la doctrina se centraba en la búsqueda de creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretendía la dispersión o elusión de las responsabilidades laborales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 04 de marzo de 1988 (Sala de lo Civil) Sentencia 168/1988). La solución encontrada por el Tribunal era la *"búsqueda mediante configuración artificiosa de empresas aparentes sin substrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales"* para descubrir así el substrato real de las personas situadas en su interior, con el fin de aplicarles directamente las normas legales.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de febrero de 2003 (Rec. 1207/2002). *"...en la concepción de nuestro derecho, el fraude de Ley es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención. Para que pueda hablarse de fraude, es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento. Lo que no equivale a desconocer que, en la doctrina científica, hay posiciones que se inclinan por una configuración del fenómeno fraudulento como un resultado «objetivo», que queda al margen de las intenciones o el propósito del autor. Pues, en rigor, la Sala debe estar a lo que parece opción incuestionable del legislador de 1973-1974".* Así, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 (Rec. 195/1991); y de 05 de diciembre de 1991 (Rec. 626/1991).

persona jurídica ¹¹⁸, surgiendo así una realidad jurídica, reconocida por el ordenamiento jurídico para satisfacer necesidades propias del tráfico jurídico¹¹⁹.

En sentido estricto, la apreciación del fraude extendería la responsabilidad entre las empresas del grupo abstrayéndose de la personalidad de cada una¹²⁰, para derivar de la pertenencia a un grupo de empresas, una responsabilidad solidaria que se deduce de la constatación de una conducta antijurídica en perjuicios de los trabajadores. Sin embargo, de ello no puede derivarse que cuando el grupo no tiene una estructura fraudulenta no resulta relevante su estructura para el marco de las relaciones laborales. De lo que se trata es de identificar situaciones de agrupaciones empresariales que, tuvieran un comportamiento unitario del propio grupo y, valorar el hecho de la cooperación entre empresas sobre todo, para exigir o no de ciertos derechos ligados a la dimensión o a las características de la empresa y, de todas aquellas otras cuestiones jurídicas referidas directamente al trabajador y su situación dentro del grupo de empresa -supuestos de responsabilidad empresarial por incumplimientos contractuales o terminación del vínculo, movilidad dentro del grupo y sus efectos, la antigüedad del trabajador, quién debe proceder a la readmisión, etc..-. De modo que, limitar los supuestos de responsabilidad solidaria a los casos de fraude como solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre las relaciones laborales, dejaría fuera aquellas agrupaciones empresariales en la que no concurriera el elemento fraudulento, con vinculaciones económicas y de personal muy intensas que limitarían su responsabilidad a nivel individual de empresas. Como ejemplo, el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 (Rec. 1524/2002), el Tribunal Supremo atribuye la responsabilidad solidaria de las empresas como integrantes de un grupo, aunque los trabajadores no llegaron a prestar

¹¹⁸ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 499.

¹¹⁹ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 121.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 2003 (Rec. 667/2003).

materialmente los servicios indistintamente a las diferentes empresas. Los trabajadores prestaban sus servicios en la empresa al que tenían adscrito su contrato de trabajo en la que vieron extinguidos sus contratos de trabajo, atribuyendo a otra empresa la titularidad de los inmuebles y maquinarias y, a una tercera, desde la compra de materias primas hasta la venta de productos terminados y obtención de beneficios, de manera que, dichas conexiones condujeron al Tribunal a estimar la atribución de responsabilidades de todas ellas como integrantes de un grupo de empresas, sin tener que acudir a la fórmula del fraude de ley o, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de enero de 2004 (Rec. 2655/2003), donde la inexistencia de una vinculación aparentemente directa entre la empleadora y la recurrente, pueda servir de base para eludir las responsabilidades¹²¹.

De hecho, lo relevante de la cooperación entre agrupaciones de empresas no es si el grupo es o no ilícito, si se puede configurar o no como una única empresa, sino si la estructura grupal -aun siendo lícito- se ha utilizado en perjuicio del trabajador¹²². El origen de esta reflexión tiene como punto de partida la protección de las economías nacionales con ocasión de la primera guerra mundial y, su primera referencia aparece en el caso de Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyre & Rubber Co. Ltd.

¹²¹ “(...)se constatan del relato fáctico las claras relaciones de unidad direccional entre el "Grupo Editorial SA" y el resto de las demandadas, así como entre ellas, y la contratante directa, "Open SA", al ser aquella junto con "Mar SL" la administradora de "Grupo C SA". A su vez, esta última mercantil citada, participa en un 100% del capital de la recurrente "Grupo Editorial C SA". Así mismo ostenta un 56,24% del capital de Open, un 86% en el de "Aula Internacional de Enseñanza Amiga SA y una fracción igual en "Aula de Enseñanza Amiga Master Spain SL", según se desprende de los datos que aporta la demandante en su escrito de impugnación al recurso y que deben ser entendidos como ampliadores del relato fáctico al que se accede por contar con la debida acreditación documental en autos, todo ello unido a las relaciones especificadas en este mismo sentido contenidas en el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia. No son de recibo las alegaciones de la recurrente considerando que la única relación de dicha entidad con las demás codemandadas es la administración de la empresa "Grupo C SA", por cuanto que las relaciones de capital y accionariado son datos que no pueden ser obviados, y que, a través de esta última sociedad citada, entroncan a su vez con la empleadora directa, sin que el mero hecho de la inexistencia de una vinculación aparente directa entre la citada empleadora formal y la recurrente, pueda servir de base para eludir las responsabilidades que se le pudieran atribuir, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta(...)”.

¹²² ESTEVE REGARRA, M.ª A. (2007). “Puntos críticos en la construcción jurisprudencial de los grupos de empresa en el ámbito laboral”. *Revista El Derecho*, número 1. Pág. 2

A modo de breve resumen del caso, la empresa “A” suministraba neumáticos fabricados en Alemania y los vendían en Inglaterra a la empresa “B”, pero a ésta le preocupaba que hacer el pago pudiera contravenir un delito de derecho consuetudinario de comerciar con el enemigo. La empresa “A” demandó a la empresa “B”. La empresa “A” estaba registrada en Londres con un capital 25.000 acciones de una libra, solo una de las cuales era propiedad de un sujeto inglés, naturalizado británico y, todos los directores eran alemanes y residían en Alemania, en otras palabras, la empresa demandante eran los enemigos del Rey y, como tales incapaces de ejercer ninguno de los poderes que les correspondían como directores de una empresa constituida en el Reino Unido y, por tanto, de ejercer la institución de esta acción. Pero, tampoco podían nombrar válidamente a ningún agente u oficial para darles tales instrucciones.

En este contexto, difícil encaje tiene considerar que, una compañía había asumido un carácter enemigo simplemente porque tenía unos pocos accionistas enemigos. Sin embargo, el carácter enemigo de los accionistas individuales y su conducta pueden ser muy importantes sobre la cuestión de si los agentes de la compañía o las personas que tienen el control de hecho de sus asuntos se adhieren, toman instrucciones o actúan bajo el control de los enemigos. Ni en aquel entonces ni ahora, nadie podía cuestionar que una corporación es una persona jurídica distinta de sus miembros, pero no por ello debe considerarse que en todos los casos carecía de relevancia jurídica las cualidades de los miembros de la persona jurídica. En el caso concreto, la empresa “B” estaba dispuesta a pagar, sin embargo, el Juez estimó que los socios o componentes de la entidad han sido desconocidos y, por tanto, haber pagado a la empresa “A” hubiese sido contrario a la Ley de Comercio con el enemigo.

En esencia, con la doctrina del levantamiento del velo no se trata de afectar al derecho de propiedad, a la autonomía patrimonial¹²³ o, a la personalidad jurídica, manteniendo su objeto fundacional que, sigue siendo el mismo desde su constitución, *“sólo se pretende corregir en determinadas circunstancias el uso torticero de ciertas figuras y fórmulas jurídicas”*¹²⁴. Desde esta perspectiva, en el ámbito laboral, no sólo interesa identificar aquella estructura grupal que es perjudicial para el trabajador sino también, la identificación del marco que debe de presidir las relaciones de laborales.

La utilización fraudulenta o abusiva de la personalidad jurídica ha sido una constante causa en la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo para la extensión de la responsabilidad dentro del grupo. Sin embargo, tanto el fraude de ley como el abuso del derecho son figuras jurídicas que, aunque se encuentren íntimamente relacionadas entre sí, constituyen instituciones diferentes, con algunas similitudes¹²⁵, habiendo sido utilizados indistintamente por la jurisprudencia a la hora de establecer la responsabilidad del grupo.

El fraude de ley, art. 6.4 CC¹²⁶, de acuerdo con la doctrina legal, consiste en utilizar una norma para amparar una conducta con apariencia de licitud y obtener un resultado o un beneficio, prohibido o contrario al ordenamiento jurídico¹²⁷. En este sentido, la jurisprudencia viene manteniendo que, la apreciación del fraude extendería la responsabilidad entre las empresas del grupo abstrayéndose de la personalidad de cada una, para derivar de la pertenencia a un grupo de empresas, una responsabilidad

¹²³ No habiendo razón por la cual después de la guerra, no tenga derecho los accionistas “enemigos” a su parte adeudada de las ganancias de dicho comercio.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (Rec. 504/1995).

¹²⁵ BOLDO RODA, C. (1996), “Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español”. Editorial Aranzadi. Pág. 277. “Sus requisitos y efectos no son coincidentes, aunque su función, impedir que el texto literal de la ley sea eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, sí lo sea”.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2015). Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 (Rec. 115/2015).

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio 1984 (RJ 1984/3351).

solidaria que se deduce de la constatación de un uso fraudulento de la personalidad jurídica. Sin embargo, difícilmente puede invocarse un fraude de ley, al considerar fraudulento el entramado de relaciones empresariales para eludir responsabilidades y considerar, al grupo de empresas como un empresario único, más bien, la invocación del fraude debe hacerse desde el privilegio de la limitación de responsabilidad que manifiestan los miembros del grupo en perjuicio de terceros¹²⁸ -trabajadores-, que queda exceptuada, con el correspondiente levantamiento del velo de la personalidad jurídica, por la existencia de una confusión patrimonial o confusión de plantillas. Desde este punto de vista queda claro que, la persona jurídica no se encuentra al amparo de un hermetismo intangible y suficiencia formal que le dé la cobertura suficiente para eludir responsabilidades o perjuicio a tercero¹²⁹. El peligro, no está en la persona jurídica, sino en su utilización como cobertura aparente que otorga esa independencia formal con fines contrarios a los previstos en el ordenamiento.

Enlazando con lo anterior, es obvio que la responsabilidad procederá también en aquellos casos en los que el grupo o parte del mismo *“aparezca desde el principio o se le haya convertido en todo un sistema de ocultación y de no transparencia jurídica, en suma en una verdadera tapadera jurídica”*¹³⁰, no sirviendo la forma societaria para justificar la aplicación del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital que excluye la responsabilidad de los socios de las deudas sociales. Es por ello que, la doctrina advierte la responsabilidad igualmente de las personas físicas cuando la creación de la sociedad persigue una utilización desviada de la sociedad. En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1990 (Sentencia número 283/1990), quedó acreditado que la fórmula societaria, pese a su aparente formalidad jurídica, encubrió

¹²⁸ Ortiz Vaamonde, S (2004), *El levantamiento del velo en el Derecho administrativo: Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. Editorial La Ley. Pág. 27. “La invocación del fraude, no se hace desde luego, porque se considere fraudulenta la creación y funcionamiento de las personas jurídicamente distintas de sus miembros, sino más bien, porque se invoca fraudulentamente esa independencia formal en perjuicios de un tercero”.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (Rec. 504/1995).

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005 (Proc. 215/2004).

una real titularidad empresarial de carácter familiar. El administrador de la propia sociedad suscribió un documento en el que reconocía la responsabilidad solidaria a efectos de posibles indemnizaciones por despido. En buena lógica, es absurdo un reconocimiento de esta índole y esgrimir la condición de mero gestor de la persona jurídica para eludir las responsabilidades, cuando realmente se *“encubrió una real titularidad empresarial de carácter familiar que se desarrolló en función de los intereses individuales de las personas unidas por el vínculo parental”*¹³¹.

En el supuesto de que la intención del empresario fuera la de dañar o restringir los derechos del trabajador, aun cuando fuese titular de un derecho subjetivo amparado por ley, la doctrina señala la existencia de un abuso del derecho en el ejercicio de dicho derecho, art. 7.2 CC. En este caso, no se produce infracción de ninguna norma, porque el actor está ejercitando un derecho que le pertenece y, aun así, se ejercita de forma anómala produciendo un efecto lesivo a terceros. De hecho, para su aplicación es necesario que, se *“pongan de manifiesto la circunstancia objetiva -ejercicio anormal- y la subjetiva -voluntad de perjudicar-”*¹³². La duda que se plantea es sí, el abuso del derecho puede actuar como fundamento del levantamiento del velo. Técnicamente, la teoría del levantamiento del velo en el abuso de la personalidad no tiene encaje en la doctrina civil, para ello debería de existir una norma específica que ejercite el contenido de un derecho y que se produzca daño, por lo que no se incide cuando se ejercita una acción con base en un precepto legal, como es el caso de la institución de la persona jurídica, art. 35 y siguientes del Código Civil¹³³. En principio, el abuso del derecho solo está concebido para el abuso de derechos subjetivos y, la persona jurídica no es un derecho subjetivo, sino una figura jurídica. En realidad, aplicar la teoría del levantamiento de velo sobre la aplicación del abuso del derecho,

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1990 (Sentencia número 283/1990).

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de octubre de 2013 (Rec. 1344/2011).

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de febrero de 1984 (RJ 1984/822). *“Que se ejercite el contenido de un derecho sin utilidad para su titular y con el fin exclusivo de causar daños a otros, por lo que no se incide en él cuando se ejercita una acción con base en un precepto legal”*.

no sería coherente, sin embargo, cuando se justifica el levantamiento del velo en el abuso de derecho, *“se invoca esa figura en un sentido amplio e impropio, que permitiría incluir en ella cualquier uso torcido de una norma”*¹³⁴, bajo la figura del abuso institucional¹³⁵. Como ejemplo, no cabría la alegación de la independencia patrimonial de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en realidad, una configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustento real que pretende una dispersión o elusión de responsabilidades laborales en perjuicio de los trabajadores. Así las cosas, cuando la cooperación entre sociedades no obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo, sino que persiguen la elusión de leyes, contratos o causar daños a terceros, al amparo del privilegio de la utilización de la personalidad jurídica, se rechaza valerse del reconocimiento de la independencia patrimonial que se ha creado sin con ella se perjudican a derechos de terceros y que, por tanto, está justificada la comunicación de las responsabilidades empresariales.

La buena fe que debe presidir los supuestos de cooperación entre empresas queda desvirtuada cuando la independencia jurídica de las sociedades es utilizada como instrumento para eludir obligaciones legales, consiguiendo perjudicar a intereses públicos o privados, causar daño ajeno o, burlar los derechos de los demás¹³⁶. En realidad, se trata de supuestos de cooperación entre empresas que, han sobrepasado en el uso de la personalidad jurídica que del derecho ha dotado, lo que permitirá levantar el velo y, penetrar en el interior de las personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en perjuicio de los trabajadores. La consecuencia de dicha conducta abusiva sería el desconocimiento de dicho privilegio

¹³⁴ Ortiz Vaamonde, S. (2004), ob. cit., p. 29.

¹³⁵ Boldó Roda, C. (1993). *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Tecnos. Págs. 26-27. “...consiste en ejercitar un derecho dentro de los límites formales fijados dentro del ordenamiento jurídico, pero buscando con dicho ejercicio un fin ilegítimo o ilícito. A tal fin, se requiere que se utilice ilegítimamente el privilegio de la responsabilidad limitada. La consecuencia de dicha conducta abusiva sería el desconocimiento de dicho privilegio frente a los acreedores.”

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 (Sentencia número 2006/665).

frente a los trabajadores, para lo que se ha de comenzar por expresar aquellas circunstancias que han podido configurar el abuso. En todo momento, la regla o concreción normativa que revela la doctrina del levantamiento del velo queda referenciada a la protección de los derechos laborales, pues se trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar los intereses de los trabajadores, utilizando la personalidad jurídica como un medio o instrumento defraudatorio. En realidad, se produce una utilización desviada del privilegio del instituto de la personalidad jurídica, con personalidad y patrimonio independiente, buscando eludir responsabilidades empresariales y por tanto, está justificada la ruptura del beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de la comunicación de las responsabilidades empresariales. De modo que, tal institución queda condicionada a la utilización indebida en el ejercicio del derecho y, por tanto, reprochable el hecho de excederse en su uso con el perjuicio de daños a terceros -trabajadores-¹³⁷, es lo que en el ordenamiento alemán se ha llamado el abuso institucional, donde la institución queda vinculada a la intención de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales y, supone una orientación subjetiva hacia los derechos vulnerados de terceros por extralimitarse en el ejercicio del derecho.

Mientras que, el fraude de ley en la cooperación entre empresas se revela a través de formas de actuación conjunta, por la existencia de una confusión de plantilla o confusión patrimonial, sin embargo, este efecto no se producirá en el abuso de la personalidad jurídica, donde se conserva la titularidad formal de las distintas empresas y éstas siguen siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones de sus trabajadores. Lo característico de este supuesto no es la creación de un marco común cooperación empresarial, como

¹³⁷ BOLDÓ RODA, C. (1993), ob. cit., p.26. “Se distingue dentro de esta categoría el llamado abuso institucional y el abuso personal. El primero consiste en ejercitar un derecho dentro de los límites formales fijados dentro del ordenamiento jurídico, pero buscando con dicho ejercicio un fin ilegítimo o ilícito. A tal fin, se requiere que se utilice ilegítimamente el privilegio de la responsabilidad limitada. La consecuencia de dicha conducta abusiva sería el desconocimiento de dicho privilegio frente a los acreedores”.

ocurre en el fraude de ley, más bien se busca, el privilegio de la responsabilidad limitada y separación de patrimonial de cada sociedad para evitar la extensión de la responsabilidad, buscada de propósito para hacer ilusorio los derechos de los trabajadores. Se produce una situación de subordinación de una sociedad a otra, quedando acreditado que una de las sociedades fue creada como aparente o sin sustento real y efectivo o, con la determinante intencionalidad de provocar una exclusión de responsabilidades laborales. Entre otras cosas, porque las empresas pueden programar desviaciones patrimoniales de una sociedad a otra o, se utilice la movilidad dentro del grupo para reducir los derechos de los trabajadores¹³⁸, se infracapitalice la sociedad con mayor plantilla y con mayores obligaciones laborales, donde la empresa dominante del grupo dirige todos los contratos con sus clientes a una sola de las sociedades, descapitalizando a las demás que, incurren en pérdidas, con el objetivo de despedir a los trabajadores de éstas o, exista una práctica lícita de prestamismo laboral, que se lleve a cabo sin contabilizar dichas prestaciones como ingresos o gastos de cada una de ellas...etc.¹³⁹. De acuerdo con este planteamiento, las relaciones comerciales o de colaboración entre sociedades, en principio, no suprime la nota de independencia jurídica de sus miembros y la limitación de

¹³⁸ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 25 de noviembre de 2003 (Rec. 574/2020). *“Si bien es cierto que el convenio colectivo distingue entre traslados voluntarios, forzados y pactados (traslados que siempre implican cambio de residencia), no establece sin embargo dicha clasificación respecto de los cambios de destino (que no implican cambio de residencia), vinculando la indemnización siempre y, en cualquier caso, cuando nos hallemos ante ellos, y al margen de si son voluntarios, forzados o pactados. Por tanto, resulta irrelevante calificar el cambio de destino como «voluntario», como «pactado» o como «forzoso», porque el convenio no efectúa tal clasificación, y liga la indemnización a cualquier cambio de destino, tenga el origen que tenga. En el caso de autos el actor se incorporó al centro de trabajo del Prat de Llobregat en virtud de un cambio de destino desde Badalona, cambio de destino que, con apariencia de legalidad, se llevó a cabo mediante la suscripción de un nuevo contrato de trabajo, y por tanto de un nuevo acuerdo de voluntades, que, pese a tener un origen «pactado» (o incluso de entender que tuvo su origen en la voluntad del trabajador y por tanto fue «voluntario»), no excluye el devengo de la indemnización a él anudada, pues la norma convencional la impone en cualquier caso”.*

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de julio de 2014 (Rec. 2/2014). *“Es en este aspecto en el que se podría producir un abuso a la hora de organizar la actividad de las mercantiles que integran el grupo, ya sea para beneficiar directamente a una, por ejemplo, haciéndole todos los pedidos a un precio inferior al de mercado, redirigiéndole clientes, distribuyendo el material, alquilándole las naves, etc...”*

responsabilidad correspondiente, siendo consecuencia de la vida económica, sin embargo, la sociedad que ejerce el poder de organización sobre el resto y, éstas sacrifican la prestación de servicios por el grupo o por la sociedad dominante en su exclusivo beneficio, de modo que, la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo quedaría justificada quedando los trabajadores adscritos en un único marco efectivo de organización. En estos casos, hay una actuación de las sociedades del grupo mezclada en su actuación empresarial, quedando acreditado que las sociedades fueron creadas como aparentes o sin sustento real y efectivo, o con la determinante intencionalidad de provocar una exclusión de responsabilidades laborales excediendo el concepto, naturaleza y alcance de persona jurídica. Por tanto, el abuso del derecho queda vinculado a la protección de intereses públicos o privados que pueden verse perjudicados por un ejercicio anormal del derecho, *“porque lo que el Derecho reconoce como tal no puede ser desconocido”*¹⁴⁰.

Así pues, detectado un ejercicio anormal y abusivo de la personalidad jurídica, permitirá levantar el velo de la personalidad jurídica como técnica represiva de abusos y comunicar la responsabilidad directa y solidaria de todas las sociedades del grupo. De tal manera que, sobre esta base se construye una doctrina concebida para supuestos de responsabilidad del grupo en los cuales se ponga de manifiesto un ejercicio anormal -su utilización dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico, pero se ha excedido el concepto, naturaleza y el alcance de la persona jurídica- y, abusivo de la personalidad jurídica -voluntad de dañar-. Pues sólo cabe acudir a esta doctrina cuando el abuso es manifiesto y, en los que el grupo se convierte en un entramado de relaciones empresariales para eludir responsabilidades empresariales y, sólo movidos por la restricción de los derechos de los trabajadores -perjudicar, causar daño o burlar los derechos de los demás-. Sin embargo, cuando se trata de determinar la responsabilidad de grupos reales, donde se ha dado una organización única entre sociedades basadas en razones técnicas y organizativas derivadas de la división del

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1207).

trabajo o, través de un patrimonio único, por permeabilidad operativa y contable, el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, será utilizada como técnica represiva del fraude de ley, suprimiendo el privilegio de la limitación de responsabilidad propias de las sociedades.

Por consiguiente, dado que no existe en la realidad práctica, un grupo de empresas formalizado como tal construido para la imputación de responsabilidad, la aproximación de los Tribunales al grupo de empresas es que, pueda afirmarse que se ha actuado en fraude de ley o abuso de la personalidad jurídica, figuras que, aunque la doctrina las utiliza como figuras íntimamente relaciones entre sí, como justificaciones acumulativas se trata de instituciones diferentes. De acuerdo con este planteamiento, se trata de identificar entramados de relaciones empresariales que utilices la forma societaria para eludir el cumplimiento de obligaciones legales. En estos casos, es donde la doctrina del levantamiento del velo opera la finalidad de evitar el privilegio de la personalidad jurídica propia y diferenciada del resto y, facilitar la protección del trabajador. Por un lado mediante, la *“búsqueda mediante la configuración de empresas sin substrato real de una dispersión o elusión de responsabilidad laborales”*¹⁴¹ o, *“cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores”*¹⁴² y por otro lado, forma de actuación unitaria del grupo o conjunto de empresas bajo unos mismos dictados y coordinadas económicas -confusión patrimonial- o, un funcionamiento integrado o unitario de la organización del trabajo de las empresas -confusión de plantillas-¹⁴³. Para ello se hace necesario efectuar el análisis de responsabilidades con abstracción de la personalidad de cada una, cuando se ha dado una organización única entre sociedades consecuencia de una gestión patrimonial y gestión de personal única, basadas en razones técnicas y organizativas

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de mayo de 1990 (Rec. 1990/674).

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (Número 96/1990).

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (Número 96/1990).

derivadas de la organización del trabajo que, tienen transcendencia jurídica en el ámbito de las relaciones laborales, entroncando con una realidad propia de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica. En otras ocasiones, la personalidad jurídica se emplea intencionalmente con fines contrarios al ordenamiento jurídico, con la evidente finalidad de afectar a los legítimos intereses de los trabajadores e invocando la independencia formal de la personalidad jurídica. Se admite así, por la doctrina que los Tribunales puedan penetrar en el interior de las personas jurídicas cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia, cuando causar daño ajeno o burlar los derechos de los demás.

Llegados a este punto, los Tribunales han accedido a levantar el velo¹⁴⁴ extendiendo las responsabilidades empresariales más allá de la sociedad contratante, cuando el elemento adicional que justifica el levantamiento del velo es la confusión de plantilla o confusión patrimonial. En estos casos, los Tribunales tienen la labor de identificar, más allá de la pluralidad empresarial existente en el grupo de empresas, la presencia de un cierto funcionamiento unitario proyectado en el área de gestión económica y gestión de personal, de modo que, las distintas sociedades conformarían un único ámbito de organización y dirección. De modo que, se estaría ante una única empresa, tal como ésta puede definirse en el art. 1 ET, radicando su rasgo definitorio en la circunstancia de que la sociedad dominante ejerce una dirección unitaria, que se traduce o proyecta en las áreas de financiación y de la política de personal, resultando subalterno del interés de las empresas dominadas. Lo mismo ocurre en los supuestos en los que, se utiliza el privilegio de personalidad jurídica en beneficio del grupo o de la

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Andaluía, Granada de fecha 22 de mayo de 2013 (Rec. 680/2013). *“La doctrina del levantamiento del velo, viene siendo aplicada en esta Jurisdicción por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde la sentencia de 1 de junio de 1978, y las posteriores de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103) y 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939), entre otras, así como por el extinguido TCT (SS. 19 de abril de 1989) y por las distintas Salas de lo Social de los TSJ de Valencia (S. 25 de enero de 1995), de Castilla-La Mancha (S. 18 de diciembre de 1992 (AS 1992, 6315)), de Andalucía (S. 11 de junio de 1993 (AS 1993, 2748)), Cataluña (S. 15 de junio de 1993 (AS 1993, 2981)), entre otras muchas, ya sea como cuestión prejudicial civil-mercantil, ya como cuestión estrictamente laboral, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores”.*

empresa dominante causando perjuicio a los trabajadores. La realidad del grupo de empresas con efectos laborales va más allá del ánimo defraudatorio o abusivo del grupo, envolviendo en él las nuevas realidades económicas existentes¹⁴⁵, permitiendo con esta la diversificación del riesgo caracterizada por el principio de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo¹⁴⁶. Sin embargo, la doctrina ha atribuido el carácter de patológico, al grupo de empresas laborales, como si la constitución del grupo, se produjera con el propósito abusivo y fraudulento de evadir responsabilidades en perjuicio de otros, persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico¹⁴⁷. Pero, no se debe olvidar que no todos los grupos de empresas tienen una finalidad antijurídica. Siendo empobrecedor, en palabras de CRUZ VILLALÓN¹⁴⁸, “analizar los grupos desde el punto de vista del fraude”, cuando el grupo puede tener incidencia directa sobre las relaciones laborales o como dice ESTEVE SEGARRA¹⁴⁹, deja de ser relevante el grupo para las relaciones laborales cuando el grupo no tiene una estructura fraudulenta. De modo que, “al centrarse solamente en los elementos patológicos de los grupos de empresa, se

¹⁴⁵ VALDÉS DAL-REÉ, F. (2001), “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”. *Relaciones Laborales*, número 18.

¹⁴⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), ob. cit., p. 45. “La validez de esta diferenciación entre la estructura patológica y la fisiológica del grupo reposa precisamente en su debilidad, es decir, en los puntos de encuentro entre los grupos “patológicos” y los grupos “fisiológicos”, así como entre la constancia de que difícil se presenta una intervención legislativa que tenga en cuenta la diferenciación entre los grupos en esos términos”.

¹⁴⁷ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. (2001), ob. cit., p. 568. “... es preciso convenir cómo la legislación laboral tradicionalmente ha contemplado con evidente recelo todas aquellas fórmulas de contratación que se generaban a través de estas estrategias empresariales complejas. Con carácter general, se han concebido como fenómenos patológicos siempre bajo la sospecha de fraude, al contemplar con desconfianza cómo las organizaciones productivas se aprovechaban de la prestación laboral de los trabajadores sin asumir los riesgos, los costes y responsabilidades que impone dicha posición jurídica en la disciplina social”.

¹⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 42.

¹⁴⁹ ESTEVE SEGARRA, A (2003), “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”. *Quaderns de Ciències Socials*, número 10. Página 19.

rechaza la posibilidad de intervenir en el desarrollo de las relaciones laborales en los de carácter fisiológico”¹⁵⁰.

Como corolario lógico de lo que se acaba de decir, la figura selectiva de la responsabilidad en el seno del grupo que cubre el catálogo teórico de situaciones posibles para que pueda darse esa extensión de responsabilidad pueden reconducirse a algunos de los siguientes supuestos¹⁵¹: a) el fraude de ley de la personalidad jurídica que, invoca la independencia jurídica de sus miembros que no resulta aplicable al crearse en la práctica una posición de empresarial común en la gestión patrimonial o gestión de personal¹⁵² y, b) el abuso de la personalidad jurídica, en el supuesto de que la intención del empresario fuera la de dañar o restringir los derechos del trabajador, aun cuando fuese titular de un derecho subjetivo amparo por ley, la doctrina señala la existencia de un abuso del derecho en el ejercicio de dicho derecho¹⁵³. De no hacerlo así, al menos desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas al margen de las apariencias jurídicas creadas y por tanto, que la condición de empresario recaiga en todos los que figuran como titulares de las varias empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de

¹⁵⁰ GOERLICH PESET, J.M (2014), ob. cit., p. 17.

¹⁵¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2015), ob. cit., p. 03.

¹⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 1999. (Rec. 1189/1999). *“La responsabilidad solidaria entre las distintas empresas integrantes del grupo, sólo debe apreciarse cuando la que aparezca como empleadora sea insolvente y se pruebe o presuma fundadamente que existió fraude de ley o ánimo defraudatorio, en cuyo supuesto debe imponerla el Tribunal por encima de los formalismos o apariencias jurídicas, siempre que haya una organización común que unifique, vincule y responsabilice en sus distintas actuaciones a las sociedades integrantes, sin que sea imprescindible la demostración de todas las interioridades negociables ni la concurrencia de todas las identidades determinantes de la solidaridad en el ámbito civil, a fin de evitar que un hábil entramado legal impida a terceros perjudicados la eficaz realización de sus respectivos derechos e intereses”*.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de febrero de 1984 (RJ 1984/822). *“Que se ejercite el contenido de un derecho sin utilidad para su titular y con el fin exclusivo de causar daños a otros, por lo que no se incide en él cuando se ejercita una acción con base en un precepto legal”*.

quienes la integran, y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujeto¹⁵⁴.

En estas circunstancias, la jurisprudencia se atreve a levantar el velo de la personalidad jurídica, declarando la comunicación de responsabilidades empresariales entre las sociedades pertenecientes al grupo persiguiendo con ello que no se utilice la forma societaria para obtener finalidades que van más allá de las que la ley persigue o protege, admitiendo la posibilidad que los jueces puedan penetrar en el interior de las personas al concurrir la prestación de servicios para varias o todas las empresas del grupo de forma sucesiva o simultánea -confusión de plantillas- o la existencia de una promiscuidad en la gestión económica -confusión patrimonial-, cuando la realidad no es otra que el marco de organización, dirección y gestión en que tienen lugar y se desenvuelven la relaciones laborales y, admitiéndose la posibilidad de penetrar en el interior de esas personas cuando se invoca la independencia formal de la personalidad jurídica, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia -art. 7.2 del Código Civil-, en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución), aprovechando su personalidad jurídica diferenciable para eludir responsabilidades personales, en perjuicio de los derechos de terceros.

3.2 Análisis de las causas

3.2.1 El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo

La constatación de una organización unitaria entre las empresas del grupo tiene sus orígenes en las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 1978 (Rec. 733/1978), de 06 de mayo de 1981 (Sentencia 800/1981) y de 08 de octubre de 1987

¹⁵⁴ La mera presencia de administradores o accionistas comunes -Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2000 (Rec. 4383/1999); Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001)-, o de una dirección comercial común -Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1999, (Rec. 4003/1998)-, o de sociedades participadas entre sí -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, (Rec.1524/2002)- no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales.

(Sentencia número 1833/1987). El recurrente trabajaba por cuenta y orden de la Editorial “A”, como delegado para las provincias de Asturias, León y Galicia haciéndose cargo de la Delegación en Oviedo de la Editorial “B”. De modo que, asume las funciones de delegado de ambas empresas, trasladándose las oficinas de la Editorial “B” a la Editorial “A”, si bien cada una de las empresas continuó con su plantilla. Pese a prestar servicios el trabajador a tres empresas, solamente percibía una sola retribución por su trabajo en virtud del contrato laboral. El demandante en su recurso quería obtener una nueva contraprestación económica distinta e independiente de aquella por el trabajo realizado a las otras dos empresas. El Tribunal desestimó su recurso al considerar empresario a la “*unidad de hecho*” de las tres personas jurídicas a las que el trabajador prestaba sus servicios a pesar de que oficialmente se estaba en presencia de distintas Sociedades con distinta personalidad jurídica. Según el Tribunal, la única realidad es una única empresa nacida del agrupamiento de las tres, donde el recurrente trabajo para una empresa en la que estaban integradas las tres, sin que la ejecución de ellos implique una obligación de retribuir, en tanto en cuanto, ni hubo una duración superior de la jornada de trabajo habitual ni funciones diferentes a las convenidas con la empresa con la que tiene firmada la relación laboral. Para DESDENTADO DAROCA E.¹⁵⁵ el fallo de la sentencia es correcto, pero no la argumentación que le sirve de fundamento, al considerar al grupo como una única persona jurídica para la cual el trabajador presta sus servicios, pues el grupo, como ente no tiene atribuida personalidad jurídica, en todo caso lo que hay es una relación laboral o varias relaciones laborales con varias o todas las empresas del grupo.

El grupo de sociedades, es un concepto bajo el cual se designa un fenómeno según el cual las sociedades o personas físicas que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad actuación, donde, “(...)los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran, por sí mismos, la calificación

¹⁵⁵ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 484.

*o consideración, como entidades autónomas y separadas, dotadas cada una de ellas con su propia personalidad, de aquellas sociedades que se hayan constituido debidamente como tales...*¹⁵⁶. No siendo suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar, si más, en una responsabilidad solidaria de todas las empresas en cuanto a grupo empresarial laboral, manteniéndose el principio de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo¹⁵⁷. En estos supuestos, el grupo actúa *“con unos mismos criterios o coordinadas bajo una misma dirección”*¹⁵⁸ determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la extensión de la responsabilidad, con independencia de que exista colaboración con otras empresas¹⁵⁹. De hecho, la jurisprudencia ha entendido que no habrá extensión de responsabilidad por el mero hecho de:

- Una apariencia externa de unidad, porque es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia del grupo¹⁶⁰ por compartir la misma actividad y sede bajo la misma dirección o, cuando se utiliza la imagen o

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de fecha 12 de diciembre de 2013 (Rec. 1405/2013).

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo, de 2013 (Rec. 78/2012). *“...que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél...”*

¹⁵⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife (Canarias) de 01 de junio de 2012 (Rec. 610/2011).

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1997 (Rec. 472/1997). *“...si lo único que se firmó entre el “Grupo A” y las restantes empresas del Grupo “B”, no adquiridas anteriormente, fue un precontrato en que se contenía una serie de estipulaciones de futuro –transmisión de la titularidad de las acciones del Grupo “B”, por el precio de una peseta comprometiéndose a asumir la titularidad del pasivo de las sociedades “C”, “D”, y “E”-, por el que se creó un vínculo, obligatorio de las partes, cuyo nacimiento estaba condicionado a que se cumplieran determinadas condiciones, si antes de cumplirse aquéllas se desistió del precontrato cuando todavía no pesaban sobre las partes los deberes ni aquéllas ostentaban los derechos que constituyen el contenido de la relación obligatoria en su fase definitiva, mal puede pretenderse que los efectos derivados de la existencia de un Grupo de Empresas...”*

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013 (Rec. 37/2013).

marca del grupo, indicios todos ellos que refuerzan la apariencia de unidad empresarial. Lo que puede llevar a crear una apariencia externa de unidad que en principio sería suficiente para declarar la existencia de grupo con responsabilidad solidaria. En este caso, el grupo actuaría como único empresario, en el que redundarían los beneficios de las prestaciones de servicios de los trabajadores como real receptora de éstos, en aplicación de la doctrina del empresario aparente¹⁶¹.

Los grupos, en la práctica, no buscan presentarse ante terceros como una unidad empresarial, lo que se busca es una organización empresarial que permita una estructura flexible para adaptarse a los ciclos económicos, limitando los riesgos –utilizando el privilegio del instituto de la personalidad jurídica, con personalidad y patrimonio independiente- y buscando la diversificación de la actividad empresarial.

La responsabilidad solidaria del grupo, se fundamenta con la única condición de que éste exista realmente, recurriendo a la doctrina del levantamiento del velo, con el fin de poner de relieve la apariencia externa de pluralidad. Ahora bien, este dato podrá valorarse si se dan algunos de los factores jurisprudenciales que justifican la extensión de la responsabilidad y, en este caso, la carga de la prueba de las circunstancias de la existencia del grupo corresponde a quien las alega. De manera que, no es aceptable considerar el fraude o el abuso de la personalidad jurídica a partir de la apariencia externa de unidad, si no se produce con anterioridad el reconocimiento de una posición empresarial común. Podría pensarse que la apariencia externa ha sido voluntariamente creada para generar la confianza en el trabajador de que se contrata con el grupo, pero esto no se producirá si se conserva la titularidad formal de las

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 (Sentencia 1419/1989). “*La doctrina jurisprudencial sobre el empresario aparente, a tenor de la cual la condición de empresario ha de atribuirse a quienes por sí contratan y reciben la prestación de servicios ya lo hiciesen en interés propio, ajeno, o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular, cuya existencia y características sólo a los integrantes de esa agrupación ha de afectar*”

distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores¹⁶².

- Una dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Es un dato determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no, de la responsabilidad común por obligaciones contraídas por una de ellas. De entre todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de junio de 1988 (Rec. 942/1988)¹⁶³.
- Que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio 1983 (RJ 1983/3043)¹⁶⁴.
- La existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son

¹⁶² En sentido se pronuncia a Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 24 de octubre de 2012 (Rec. 1821/2012), que declara la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales cuando *“bajo la misma dirección comparten la misma sede y centro de trabajo, desarrollando además idéntica actividad social en el mismo lugar, con ello se genera una apariencia externa de unidad que en principio es suficiente para decretar la existencia de grupo de empresas, con responsabilidad solidaria de todas ellas por las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a sus actividades”*. Sin embargo, matiza, *“que pueden concurrir elementos que desacrediten tal apariencia, especialmente cuando el centro pueda estar físicamente dividido y las actividades de cada una de las empresas separadas por completo desde el punto organizativo y directivo, de manera que los trabajadores de cada una desarrollen actividades claramente separadas entre sí, sin conexión alguna entre las diferentes plantillas. Pero, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si concurren tales circunstancias sobre una primera apariencia de unidad producida por la concurrencia de actividad, dirección y centro, la carga de la prueba de esas circunstancias excluyentes de la existencia de grupo corresponde a quien las alega, especialmente cuando se trata de las propias empresas, que tienen mayor facilidad y disponibilidad sobre los posibles medios de prueba”*.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de junio de 1988 (Numero 942/1988). Sentencia del Tribunal Supremo 19 de noviembre de 1990 (Rec. 564/1990). Sentencia del Tribunal Supremo 26 de septiembre de 2001 (Rec. 558/2001). Sentencia del Tribunal Supremo 20 de enero de 2003 (Rec. 1524/2002). Sentencia del Tribunal Supremo 03 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004).

¹⁶⁴ En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de marzo 1984 (RJ 1984/1512). Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de febrero de 1988 (Rec. 123/1988).

factores suficientes para afirmar la existencia de una responsabilidad solidaria pero es un dato determinante de la existencia de un grupo de empresas¹⁶⁵. En este caso la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998).

- La coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo. Por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2013 (Rec. 3/2013).
- El sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 787/1996).
- No existe grupo de empresa a efectos laborales entre el órgano ejecutivo de una Administración Pública y una entidad de derecho público adscrito al mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2017, Rec 115/2017). La demanda se dirige frente al Ayuntamiento y la Mancomunidad intermunicipal. La línea argumental, entre otras, versa sobre la existencia de un grupo empresarial entre el Ayuntamiento y la Mancomunidad intermunicipal. En la Sentencia queda acreditado que existe una Mancomunidad que activa los mecanismos de colaboración, auxilio y complementariedad que justifica su propia existencia, sin que se haya apreciado *“utilización fraudulenta de la personalidad por parte del Ayuntamiento o la Mancomunidad (sino la creación de un ente en el que se integran otros, a efectos mejorar la prestación de servicios públicos), ni el uso abusivo de la dirección unitaria (sino la normal interacción de las personas que están al frente de las entidades agrupadas), ni la unidad de caja (sino la colaboración financiera prevista legalmente), ni la*

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001).

confusión patrimonial (sino la recaudación de impuestos cedidos), ni la indiferenciada prestación de servicios por los trabajadores (sino eventuales destacamentos de unos pocos)”.

- No se da la existencia de un grupo patológico a efectos laborales entre una Administración Pública y una empresa local al considerar que no existe cesión ilegal de trabajadores ni abuso de posición o actividad fraudulenta de la mercantil para realizar actividades que en realidad eran del Ayuntamiento. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Julio de 2017 (Rec. 2787/2016). se constata *“que los trabajadores despedidos «realizaran tareas en distintos departamentos del Ayuntamiento y por ello tampoco que la empresa realizara otras actividades que no fueran en materia de turismo y que se correspondían con la Encomienda de gestión de los servicios relacionados con la promoción y desarrollo turístico en el municipio de Aranjuez, respecto a los cuales la propia Inspección reconoce que la empresa dispone de medios propios, aunque no para otras actividades que entiende que realiza”.*

De modo que, empresas formalmente distintas pueden actuar como ámbito funcional unitario de una determina relación de trabajo. Partiendo de este presupuesto de lo que se trata es de considerar a determinados efectos, el grupo como un ámbito funcional unitario donde valorar la relación laboral del trabajador¹⁶⁶. Piénsese por ejemplo, en el supuesto del periodo de prueba sucesivo o encadenamientos de contratos temporales utilizando la estructura empresarial del grupo, la disciplina o la extinción del contrato de trabajo, la comunicación al trabajador de las condiciones de trabajo de la empresa dominante o grupo de empresas, el cómputo de la antigüedad o, cuando se desarrolla una actividad empresarial

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (Rec.665/1990). *“En el sentido de que se ha de reconocer una única relación de trabajo, no rescindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación, individual de trabajo, aun cuando el trabajador desempeñe, sucesiva o simultáneamente, funciones en las distintas empresas que integran el grupo; todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas ellas frente al trabajador”.*

constituyendo una sociedad para generar las deudas propias de la misma y otra para mantener los activos adscritos a ella, que se ofrecen como propios de una misma unidad económica cuando interesan para esos fines, pero se desligan de ella cuando se trata de asumir responsabilidades. En estos supuestos, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario¹⁶⁷ de una determinada relación individual de trabajo, la responsabilidad solidaria sería la procedente como consecuencia de una posición empresarial conjunta que debe imponerse, donde se explica la utilización desviada del instituto de la personalidad jurídica y que, por lo tanto, justificada la ruptura del beneficio de la independencia de patrimonial y, la comunicación de responsabilidades¹⁶⁸. En concreto, se trata determinar si la actuación unitaria de las empresas, desde el punto de vista de las relaciones laborales, constituyen el marco funcional donde valorar la relación laboral. No se trata de buscar aquella zona de impacto de la cooperación entre empresas en el marco de la relación laboral que ponga de manifiesto un comportamiento unitario del propio grupo, más bien, se busca la consideración del grupo como referencia en el ámbito de las relaciones labores, donde la extensión no debe considerarse como sanción a una actuación ilícita, en todo caso, la medida de garantizar los derechos de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando se usa el privilegio de la personalidad jurídica para limitar la responsabilidad propia de las sociedades¹⁶⁹.

¹⁶⁷ ESTEVE REGARRA, M.ª A. (2007), ob. cit., p. 4. “...no es necesario que se determine que estamos ante un grupo de empresas fraudulento, sino que basta con que para la relación laboral en concreto que se examina, las sociedades intervinientes, constituyan un ámbito funcional unitario donde valorar la relación laboral del trabajador.”

¹⁶⁸ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 499. “El fraude es la institución que explica por qué la confusión patrimonial o la confusión de plantilla provocan la responsabilidad compartida: porque cada sociedad asume realmente la posición empresarial y porque la aparente pluralidad de las formas de personificación no rompe la unidad patrimonial del conjunto”.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1990 (Sentencia 283/1990). “...con la finalidad de evitar el mal uso de la personalidad, que al socaire del ropaje societario se pueda perjudicar intereses...”.

En este contexto, el ordenamiento jurídico-laboral debería haber reaccionado para integrar y encauzar jurídicamente estas nuevas estructuras de mercado¹⁷⁰ y debería haber fijado unos criterios de antemano a la hora de establecer las consecuencias procedentes especialmente en materia de imputación de responsabilidades en el ámbito laboral de los grupos cuando se superpone la formal autonomía jurídica de cada sociedad sobre lo que no es sino una sola realidad económica y organizativa, donde la aparición de circunstancias o elementos anormales generan disfunciones y alteran los esquemas clásicos de la responsabilidad. A falta de una normativa específica que permita diferenciar en cada caso concreto si los vínculos societarios entre las empresas tienen consecuencias en el ámbito laboral, se hace necesario valorar aquellas circunstancias del grupo que tengan trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales y dotarles de una protección que debe fundamentarse en las normas del ordenamiento para tener validez en nuestro sistema. En este contexto, los criterios, circunstancias o factores principales a partir de los cuales se construyen las líneas argumentales básicas en las que viene apoyándose la jurisprudencia para establecer la comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo ha sido una creación jurisprudencial que no siempre se ha mantenido firme.

En una primera etapa, la jurisprudencia consideró que la pertenencia al grupo era irrelevante desde el punto de vista laboral¹⁷¹, porque se partía de la independencia jurídica y responsabilidad separada de los grupos de trabajo. La doctrina define al grupo como el conjunto integrado por sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encontraban subordinadas a una dirección económica

¹⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M.I (2015), ob. cit., p. 23. “Los fenómenos de empresas agrupadas son lícitos, pero sustancialmente diferentes, hasta el punto de que las decisiones empresariales han de ser valoradas tomando en consideración el contexto jurídico global. Todo ello con una finalidad de primer orden, a saber, que no existan dudas acerca de quién ostenta en todo momento la posición de empresario al ejercer el poder de dirección y organización del proceso productivo y quién, en definitiva, puede sancionar o despedir al trabajador asumiendo las consecuencias que de ello deriven”.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 enero 1968 y Sentencia del Tribunal Supremo 19 de mayo 1969.

unitaria. Sin embargo, la formación de grupo de sociedades no podía merecer su protección, cuando la utilización del formalismo legal se utiliza para eludir las responsabilidades laborales, degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador. La doctrina del Tribunal tan solo aceptaba la responsabilidad del empresario que por sí mismo contrataba y recibía la prestación de servicios, ya lo hiciese en interés propio o ajeno. En realidad, se construyó una doctrina para la responsabilidad del grupo basada en un régimen de responsabilidad subjetiva con un sistema de regla/excepción¹⁷², donde quedaba reflejado un comportamiento antijurídico del empleador. Lo relevante de la doctrina jurisprudencial era la falta de unos criterios a la hora de establecer las consecuencias procedentes especialmente en materia de imputación de responsabilidades en el ámbito laboral de los grupos de empresa para evitar la desprotección del trabajador.

Posteriormente, en la década de los años noventa, algunas decisiones del Tribunal Supremo recapitulan y sistematizan, la doctrina elaborada en años anteriores. Así pues, la Sentencia de 30 de enero de 1990 (Número 96/1990) configura como causa de extensión general de la responsabilidad dentro del grupo *“la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores”* y, en muy similares términos la Sentencia de 03 de mayo de 1990 (Número 674/1990), sin la referencia a la utilización abusiva de la personalidad jurídica, muda hacia la búsqueda de la *“configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real”* que pretenda eludir las responsabilidades laborales, para converger en dos ideas claves en el tratamiento jurídico laboral de los grupos de empresas, por un lado, la insuficiencia que *“concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas”* y, por otro lado, la presencia de elementos adicionales para que se produzcan

¹⁷² ESTEVE REGARRA, M^a A. (2007), ob. cit., p. 2

consecuencias específicas en el ámbito laboral, como la responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores.

En realidad, la Sala IV del Tribunal Supremo recogió lo que consideró como “*puntos firmes*” de la doctrina jurisprudencial en lo concerniente a la relación individual de trabajo y, comienza a construir una línea uniforme en orden a la exigencia de los elementos y requisitos necesarios que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias en relación con los contratos de trabajo y, especialmente en materia de imputación de responsabilidades, manteniendo la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo. Sin embargo, el hecho de que dos o más empresas pertenecieran al mismo grupo empresarial no era motivo suficiente para derivar, sin más, en una responsabilidad solidaria de todas las empresas en cuanto a grupo empresarial laboral¹⁷³, manteniéndose el principio de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo¹⁷⁴, para ello hacia “*falta(...) que el nexo o vinculación reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en este ámbito de las relaciones*”¹⁷⁵. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de mayo de 1990 (Número

¹⁷³ El grupo puede actuar con unos mismos criterios o coordinadas bajo una misma dirección, determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la extensión de la responsabilidad, con independencia de que exista colaboración económica con otras empresas. En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1997 (Rec. 472/1997) “*(...) si lo único que se firmó entre el “Grupo A” y las restantes empresas del Grupo “B”, no adquiridas anteriormente, fue un precontrato en que se contenía una serie de estipulaciones de futuro –transmisión de la titularidad de las acciones del Grupo “B”, por el precio de una peseta comprometiéndose a asumir la titularidad del pasivo de las sociedades “C”, “D”, y “E-, por el que se creó un vínculo, obligatorio de las partes, cuyo nacimiento estaba condicionado a que se cumplieran determinadas condiciones, si antes de cumplirse aquéllas se desistió del precontrato cuando todavía no pesaban sobre las partes los deberes ni aquéllas ostentaban los derechos que constituyen el contenido de la relación obligatoria en su fase definitiva, mal puede pretenderse que los efectos derivados de la existencia de un Grupo de Empresas...*”.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). “*...que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél...*”

¹⁷⁵ Sentencia de 03 de mayo de 1990 (Número 675/1990).

675/1990), admite la trascendencia laboral del grupo en ciertas circunstancias o cuando aparecen circunstancias especiales tales como: a) el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios empresarios; y c) la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin substrato real sin substrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En muy similares términos la Sentencia de 03 de mayo de 1990 (Número 96/1990), admite la presencia de elementos adicionales, cuando concurre alguna de estas circunstancias: a) la actuación unitaria del conjunto de las empresas agrupadas bajo unos mismos dictados y coordinado con confusión patrimonial; b) la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada; y c) cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores. A pesar de utilizar las sentencias un criterio de calificación distinto a la hora de establecer la relación de elementos adicionales, en esencia, bien pueden considerarse complementarios a la hora de evidenciar la existencia de un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, por un lado, la constatación de una prestación de trabajo indistintamente para las diferentes empresas del grupo y, por otro lado, opera la confusión patrimonial.

Con tales antecedentes, la jurisprudencia del grupo de empresas es percibida por la propia Sala IV del Tribunal Supremo como algo consolidado persiguiendo la responsabilidad laboral de los grupos de empresa sobre la base de los siguientes indicios que la Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001) y que enuncia como sigue *“a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”*.

En los anteriores ejemplos de decisiones, los Tribunales habían recogido no sólo factores principales a partir de los cuales se delimita la existencia de un grupo de

sociedades con forma específica, sino también aquellos, a partir de los cuales se construirían las líneas argumentales básicas de extensión de las responsabilidades entre sociedades pertenecientes al grupo¹⁷⁶. De hecho, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990 (Sentencia 1410/1990)¹⁷⁷ a la hora de recoger nuevos elementos adicionales para extender la responsabilidad solidaria, la apariencia externa de unidad y “*con ciertos matices*” la unidad de dirección¹⁷⁸. Hay que advertir que, estos elementos no tienen relevancia en el fallo de la sentencia para la extensión de la responsabilidad, pues la relación

¹⁷⁶ En este sentido se pronunciaron la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 558/2001), 20 de enero de 2003 (Rec. 1524/2002), 10 de junio de 2008 (Rec. 139/2005), 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008), 21 de julio de 2010 (Rec. 2845/2009), 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012). “*Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial”.*

¹⁷⁷ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990 (Rec. 720/1992) y, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997), pero con una notable ambigüedad, en tanto en cuanto, considera que “*la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas*”, para posteriormente considerarla, en sí misma, como causa suficiente para extender la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. “*Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos...entre otros... la confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección*”. Pues bien, el Tribunal en el supuesto enjuiciado descarta la existencia de caja única, siendo objeto de la correspondiente facturación los servicios que se prestan entre sí, la inexistencia de trasiego de personal, al considerar que es práctica habitual en las empresas de construcción, “*práctica que, de por sí, no proporciona sospecha alguna de actuación fraudulenta*”, sin embargo, no entra a valorar la dirección unitaria como elemento de comunicación de responsabilidad entre las sociedades integradas en un grupo y, a mi juicio, considerar el Tribunal que, no es elemento que, por sí mismo, altere la consideración de entidades autónomas y separadas, dotadas cada una de ellas de su propia personalidad, de las sociedades que se haya constituido debidamente como tales y, postular que “*no concurren las causas determinantes de la responsabilidad compartida*”.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990 (Sentencia 1410/1990) “*Siendo ello así, se hace innecesario examinar si las sociedades demandadas forman el grupo que se alega, así como si en tal supuesto grupo son de apreciar los factores que la jurisprudencia pondera a efectos de declarar la comunicación de responsabilidad -confusión de plantillas, confusión de patrimonio, apariencia externa de unidad empresarial y, con ciertos matices, unidad de dirección*”.

material llevada al proceso no encontraba su disciplina en la rama social del Derecho. Esta línea doctrinal exigía que, para que se pudiera establecer una responsabilidad solidaria en materia laboral y, romper con el principio de independencia entre las sociedades del grupo, era necesario que se evidenciara la existencia de confusión de plantilla, la confusión de patrimonios sociales, la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección. Sin embargo, el alcance de estos dos últimos elementos, no pueden romper con el principio de independencia entre las sociedades del grupo, responden más bien a conexiones económicas o financieras que, darían lugar a existencia de grupo de sociedades, pero no de factores adicionales que permitan establecer una responsabilidad solidaria entre los diversos integrantes del grupo en materia laboral. La unidad de dirección no sería suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, más bien, es un dato determinante de la existencia del grupo de sociedades, siempre y cuando, *“se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización dirección y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores”*¹⁷⁹. Respecto, de la apariencia externa de unidad empresarial, es un elemento consustancial al grupo y, no un factor de la extensión de la responsabilidad más bien, muestra hacia el exterior la imagen corporativa del grupo como si de una sola empresa se tratase, admitiendo en estos casos la jurisprudencia, el principio general de independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integradas en el grupo.

Pues bien, de la abundante jurisprudencia que enuncia los requisitos necesarios que justificarían la extensión de la responsabilidad a las sociedades del grupo del escenario quedarían justificados por: a) la existencia de una prestación de servicios de manera indiferenciada para unas empresas y otras, dando lugar a una confusión de plantillas que, puede afectar a la totalidad de los trabajadores o, a parte de los mismos, respecto de los cuales habría que aplicar la condición de empleador; b) confusión de

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998).

patrimonios, si se parte del hecho cierto que las sociedades son en realidad una misma entidad económica; y c) abuso de la dirección unitaria en perjuicio de los derechos de los trabajadores, cuando se ha producido una utilización desviada de la sociedad en perjuicio de los trabajadores. Los tres elementos tienen un denominador común, la actuación unitaria del grupo bajo unos mismos dictados o coordinadas¹⁸⁰, el funcionamiento unitario de las organizaciones de las empresas del grupo¹⁸¹ en el ámbito de la gestión económica y de personal.

No se trata de una lista acumulativa¹⁸², sin embargo, tampoco se trata de una lista cerrada a la hora de extenderse la responsabilidad, al contrario, se trata de un listado abierto que permite la presencia de cualquier otro elemento adicional, ahora bien, no todas aquellas actuaciones que vayan más allá del marco de empresa puede ser generadora de una responsabilidad solidaria del grupo, solamente aquellas situaciones posibles que puedan reconducirse a romper con la nota de autonomía e independencia de la persona jurídica, que entre ellas hayan existido relaciones que tengan transcendencia jurídica y, como tal, lo que el Derecho reconoce, no puede ser desconocido por los demás¹⁸³. En momento alguno, deben tratarse como elementos

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (Número 96/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 1990 (Número 675/1990).

¹⁸¹ Sentencia de 03 de mayo de 1990 (Número 675/1990).

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013). Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014).

¹⁸³ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de mayo de 2012 (Rec. 10/2012) concluye la existencia de un grupo empresarial, por considerar que: a) las sociedades funcionan de forma unitaria en el mismo centro de trabajo sin que exista distinción de las actividades llevadas a cabo por las mismas y, además, se da la prestación simultánea de los trabajadores de la empresa "A" a las sociedades "B", "C" y "D", de tal forma que incluso el calendario de vacaciones se efectúa de forma conjunta y, b) el funcionamiento unitario de dichas empresas se desprende, en el hecho que los trabajadores hicieron aportaciones a tres de las sociedades, a efectos de su participación en un régimen de incentivos instaurado en dichas sociedades, retribuyéndose en función de los beneficios obtenidos en las tres sociedades. En la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de julio de 2012 (Rec. 124/2012), se concluye que los trabajadores han trabajado indistintamente y también simultáneamente para las diferentes empresas del grupo, siendo revelador que: a) en las negociaciones del período de consultas se negociara conjuntamente por todas las empresas, aunque se intentara generar más confusión, formalizándose en actas diferentes; y b) que en las actas finales del período de consultas las empresas admitieran la mayor antigüedad de sus trabajadores en cualquiera de

excluyentes, más bien, como elementos complementarios que permitan conocer la personalidad jurídica de la sociedad para ponderar la graduación de la responsabilidad. Así pues, al abordar el tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresa, se pueden reconducir a tres escenarios posibles¹⁸⁴; a) la licitud de los grupos de sociedades, basado en razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo, no generando efectos significativos en el ámbito laboral¹⁸⁵; b) la irrelevancia

las empresas del grupo. ESTEVE REGARRA, M.ª A. (2007), ob. cit., p. 3. Matiza que en ocasiones “*corre el riesgo de consagrar la idea de que toda aquella medida que vaya más allá del marco de la empresa puede generar una responsabilidad solidaria del grupo. Múltiples ejemplos corroboran esta interpretación, entre ellos desde la consideración de la negociación colectiva en el grupo o la movilidad de trabajadores entre empresas del grupo como indicios de que el grupo es, en realidad, una única empresa que debe responder solidariamente. A mi juicio, sin embargo, esta interpretación no es aceptable por dos razones. En primer lugar, por los efectos perversos a que puede conducir esta idea que, a la postre, puede suponer que el grupo de empresas se vea condicionado para establecer una negociación colectiva, un plan de pensiones o reubicar al trabajador en otras empresas del grupo, que, de facilitarse en esta estructura empresarial, pueden volverse contra el mismo por el riesgo de verse sujeto a una responsabilidad*”.

¹⁸⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014), efectúa una matización de la terminología utilizada para la extensión de la responsabilidad solidaria de los grupos de empresas. El Tribunal llega a la conclusión de que la expresión “*grupo patológico*” “*ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de “empresa de grupo» o “empresa-grupo”, que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros*”. De tal manera, que la concentración empresarial puede derivar en: a) la creación de “*Grupo de Sociedades*”. Expresión utilizada ante la ausencia de repercusiones laborales entre las empresas del grupo, manteniéndose el principio de separación patrimonial y responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo; b) la aparición de “*Grupo Patológico*”. Terminología reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad se enmarcan en una utilización fraudulenta o abusiva de la personalidad jurídica, provocando un menoscabo en los derechos de los trabajadores o, en terceros no trabajadores – proveedores, clientes, etc...-; y c) la constitución de “*empresa de grupo o empresa-grupo*”. Terminología utilizada cuando los datos objetivos que llevan esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria no atiende a abuso alguno, preservando su independencia jurídica. Sin perjuicio, del cumplimiento de las normas específicas que regulan aspectos concretos de los grupos de empresa, si bien de forma indirecta y aislada - despidos colectivos, la relación de trabajo especial de alta dirección, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, los desplazamientos en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, los incentivos a la contratación y la intervención en el proceso laboral-.

¹⁸⁵ Por ejemplo, contratos de fletamento. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Rec.4003/1998). La empresa “A” y “B” habían firmado un contrato de fletamento para la prestación de un servicio conjunto. Se daba la existencia de un mismo presidente ejecutivo, una dirección comercial

de los vínculos societarios queda exceptuada, cuando determinados elementos de actuación conjunta empresarial¹⁸⁶; c) la utilización ilegítima del privilegio de la responsabilidad limitada en perjuicio de los trabajadores¹⁸⁷ y que, por ello, resulta

única, con programación conjunta de rutas comerciales y, un único código de vuelo con un solo billeteaje, habiendo adquirido la empresa "A" buena parte de las acciones de la otra. Sin embargo, la empresa "B" mantiene una organización, dirección y gestión propia tanto la actividad "charter" como para el cumplimiento del contrato de fletamento para celebrado con la empresa "A" y, a su vez preserva su existencia, personalidad jurídica y titularidad separada de la empresa "B" quien se reserva la programación de los servicios. Así pues, el hecho de la existencia de relaciones empresariales que responde a esquemas de cooperación en el tráfico mercantil no se traducirá a una extensión de la responsabilidad solidaria entre las empresas que colaborar siempre y cuando, conserven la *"la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores"*, aún en el caso de concentración de todas las acciones en una sola mano. O en el caso, de los servicios que se prestan entre sí, las empresas del grupo, son *"objeto de la correspondiente facturación y obran como créditos y deudas en la contabilidad auditada de unos y otros"*, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997) o, el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas

¹⁸⁶ Por ejemplo, la determinación de la antigüedad del contrato de trabajo en función de la cual se precisa el régimen de ciertos institutos laborales -a efectos de indemnización de despido en el contexto de una relación de cooperación entre empresas, la legalidad de nuevos periodos de prueba sucesivos entre empresas distintas, pero dándose la circunstancia de que todas ellas se integran dentro del mismo grupo, el ámbito de evaluación de las medidas de reestructuración empresarial, circulación de trabajadores en el grupo e igualdad salarial con los trabajadores de la última empleadora, la posible conversión de una relación laboral temporal por tiempo indefinido debido a un encadenamiento de contratos temporales, sin solución de continuidad, celebrados con diversas empresas pero todas ellas pertenecientes al mismo grupo, etc.

¹⁸⁷ Por ejemplo, cuando la sociedad que verdaderamente opera en el tráfico jurídico que, es empresaria y que contrae deudas reales como consecuencia de los servicios que presta, en beneficio de otra que no tiene más actividad que la de quedarse con el patrimonio de la anterior y absorber una parte muy sustanciosa de sus beneficios o, cuando se desarrolla una actividad empresarial constituyendo una sociedad para generar las deudas propias de la misma y otra para mantener los activos adscritos a ella, que se ofrecen como propios de una misma unidad económica cuando interesan para esos fines, pero se desligan de ella cuando se trata de asumir responsabilidades. Concentrar el personal con más antigüedad y con menos formación en la empresa más frágil o, crear empresas aparentes para dar cobertura a operaciones empresariales lideradas por la empresa dominante para encubrir organizaciones productivas irregulares e incluso, aumentar los costes de la nueva explotación en beneficio exclusivo de la empresa dominante de modo que la nueva sociedad ve reducidos su rentabilidad y el patrimonio con cargo al que ha de responder de sus obligaciones.

justificada la ruptura del principio de separación patrimonial y la comunicación de responsabilidades¹⁸⁸.

En realidad, la figura del funcionamiento unitario cubre el catálogo teórico de situaciones posibles para que, pueda darse esa extensión de responsabilidad bien podría resumirse en la utilización desviada del instituto jurídico de la sociedad¹⁸⁹, pero por sí solo no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, ese dato es determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la responsabilidad. Sin embargo, la solución puede ser distinta si se acredita la existencia de un abuso o fraude de la personalidad jurídica, es decir, en la utilización instrumental que se hace de persona jurídica. De esta prevención surge el interés por delimitar las situaciones en las que se pueda levantar el velo, en aquellas situaciones donde la estructura de grupo ha sido utilizada en perjuicio del trabajador, suprimiendo el privilegio de la limitación de responsabilidad propio de las sociedades.

A continuación, se exponen los casos más significativos y, como la jurisprudencia ha resuelto.

3.2.2 La prestación de servicios a favor de las empresas del grupo

El Tribunal Supremo ha considerado lícita la circulación de trabajadores en el seno del grupo empresarial, siempre que se establezcan las garantías para los trabajadores. De modo que, en un primer momento, la prestación indistinta de servicios no debe considerarse como un elemento adicional de extensión de la responsabilidad laboral solidaria.

¹⁸⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 770/2012 Granada, Andalucía de fecha 21 marzo 2012 (Rec. 266/2012). Sentencia Tribunal Superior de Justicia País Vasco de fecha 22 marzo 2012 (Rec. 419/2011). Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de mayo de 1997 (Número 1353/1997).

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2017 (Rec. 115/2017). *"Hasta la fecha siempre hemos afirmado que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- "grupo de sociedades" y el trascendente -hablamos de responsabilidad- «grupo patológico de empresas».*

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial también ha considerado que la prestación de servicios a favor de las empresas del grupo, es una manifestación del funcionamiento unitario del grupo más frecuentes para extender la responsabilidad laboral del grupo. Funcionamiento unitario que comienza a tener relevancia para la extensión de responsabilidad, cuando:

- Se da una prestación simultánea por parte del trabajador para las distintas sociedades del grupo. En este caso la Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de mayo de 1981 (RJ 1981/2103)¹⁹⁰.
- Se produce una prestación sucesiva por un grupo significativo de trabajadores. En este caso la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012).¹⁹¹
- Se trata de una prestación laboral indistinta, donde la empresa principal, pone al trabajador a disposición de otra empresa para la que trabaja simultánea o sucesivamente, pero manteniendo formalmente la relación laboral únicamente con el empresario formal, que es quien le sigue

¹⁹⁰ Doctrina reiterada también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (Rec. 665/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1999). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 (Rec. 4383/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 558/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2002 (Rec. 1759/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 (Rec. 2748/2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010 (Rec. 1336/2009). Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2012 (Rec. 1591/2011).

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 09 de febrero de 2011 (Rec. 2259/2010). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 25 de junio de 2012 (Rec. 1084/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 24 de octubre de 2012 (Rec. 1821/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 14 de marzo de 2013 (Rec. 98/2013). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2013 (Rec. 6471/2012).

retribuyendo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013)¹⁹².

La prestación de servicios simultánea o sucesiva se produce mediante contrato de trabajo con cada una de las empresas del grupo, prestando servicios en cada una de ellas y percibiendo retribuciones de las empresas, que cotizan a la Seguridad Social por el trabajador. En este caso la Sentencia del Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 (Rec. 124/2012)¹⁹³.

3.2.2.1 La prestación de trabajo indiferenciado

Los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son¹⁹⁴ y, por consiguiente, el que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia, de manera que, cada empresa asume respecto de su plantilla las responsabilidades de sus respectivos contratos. En estos casos la estructura del grupo no se utiliza con finalidades fraudulentas que permitan una configuración unitaria del grupo, más bien, es la de crear una estructura empresarial eficiente y sostenible. Las formas en que puede presentarse la prestación de servicios son varias:

- La prestación de servicios simultánea para varias sociedades del grupo, es decir, cuando el trabajador presta sus servicios para todas o varias empresas del grupo a la vez, pese a ser empleado de una sola empresa

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de mayo de 2014 (Rec. 264/2014).

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de marzo de 2012 (Rec. 1661/2011). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 08 de febrero de 2013 (Rec. 6551/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de junio 2012 (Rec. 1201/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de julio 2012 (Rec. 1681/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 25 de junio de 2012 (Rec. 1084/2012).

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (Rec. 11/2014).

- La prestación de servicios sucesiva, de tal forma que el trabajador adscrito a una empresa formal, lo pone a disposición de otra por razones ajenas a su propio quehacer empresarial en unos casos o inherentes al mismo en otros, manteniendo formalmente la relación laboral únicamente con el empresario formal, que es quien le sigue retribuyendo y ejercitando formalmente las facultades empresariales, sin perjuicio del cumplimiento del trabajo que se le asigne en la empresa en la que ha sido cedido –puesta a disposición-.

La circulación de trabajadores entre las empresas del grupo no está expresamente prevista por el legislador y, la movilidad geográfica del art. 40.1 ET, tan sólo se refiere al traslado de un trabajador a un centro de trabajo distinto de la misma empresa y no, el traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de otra empresa. En puridad, el art. 40 ET no contempla la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas ni, se prevé en ninguno otro precepto estatuario. Parece lógico llegar a esta interpretación si se entiende que el grupo de empresas *“está conformado por un conjunto de sociedades jurídicamente independientes que se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”*¹⁹⁵. Si hasta la fecha, no es un hecho controvertido que la noción de grupo de empresas se caracteriza por un conjunto de sociedades jurídicamente independientes, subordinadas a una dirección unitaria, “ello obliga a una cierta equiparación metodológica”¹⁹⁶ a la hora de interpretar los preceptos estatutarios y, excluir la referencia de grupo de la idea de empresa, como ente jurídicamente independiente, quedando el traslado intra-grupal extra-muros del art. 40 ET¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012)

¹⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 59. CAMPS RUIZ, L.M. (1986), ob. cit., p. 76.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de fecha 15 de octubre de 2010 (Rec. 2938/2010). *“Como bien acota la sentencia de instancia el artículo 40.1 del ET se refiere al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que le exija cambio de residencia, no al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de otra empresa. Tal precepto no contempla en rigor la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas, tal como parece sostener la recurrente, y si esto es así, no previéndola tal precepto ni ninguno otro en el texto estatutario, no existiendo pacto*

De hecho, la circulación de trabajadores en el seno del grupo obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la segmentación de la actividad productiva, considerándose una práctica en principio lícita, aplicando por analogía las que contempla el artículo 43 de ET¹⁹⁸, es decir, la responsabilidad solidaria de la empresa cedente o cesionaria frente al trabajador. Por lo tanto, la prestación de servicios que, en el marco de empresas normalmente relacionadas entre sí por su pertenencia a un grupo mercantil no se convierte a un grupo a efectos laborales¹⁹⁹ y, por consiguiente, el que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia²⁰⁰, todo ello, sin perjuicio,

entre las partes para salvar el vacío legal..." Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de fecha 17 de junio de 2013 (Rec. 6818/2012). "El traslado intra grupal de trabajadores queda extra-muros del artículo 40 del ET, y así lo ha señalado el TS en sentencias de 27 de marzo de 1989 y 30 de junio de 1993..."

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Sentencia 1428/1990). "...la situación guarda así alguna semejanza con la figura que para la función pública regulan los artículos 41.1.d) y 61 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado..."

¹⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de enero de 2014 (Sentencia 8/2013). "No creemos tampoco, que la centralización de servicios o la utilización de servicios comunes convierta al grupo mercantil en grupo a efectos laborales, por cuanto uno de los objetivos de la centralización de servicios empresarial es la promoción de economías de escala que permitan abaratar costes a las empresas del grupo en su conjunto".

²⁰⁰ Como excepción, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 03 de mayo de 1990 (Sentencia 674/1990). La empresa "A" –dedicada a la administración de empresas- había adquirido varios paquetes accionariales de la empresa "B" lo que le otorgaba la mayoría en la Junta de accionistas. La adquisición de los mismos se produjo en el curso de la crisis de la empresa "B", crisis que se manifestó en procedimiento de suspensión de pagos y, en el expediente de regulación de empleo para la extinción de las relaciones del trabajo del personal. La empresa "A" y la empresa "C" estaban vinculadas orgánicamente al ser la misma persona la que desempeñaba en ambas empresas la función de administrador único. El actor estaba trabajando para la empresa "B" y pasó a trabajar con la "C" en noviembre de 1988 siendo despedido en enero de 1989 por ésta empresa. Este despido tuvo lugar fuera del expediente de regulación de empleo de la empresa "B", en el que estaban comprendidos todos los trabajadores excepto el actor. En el recurso, el actor pretende que se declare la responsabilidad solidaria de las tres empresas en concepto del pago de la indemnización por despido improcedente reconocida con cargo exclusivo a la empresa "C" y, para el cálculo de dicha indemnización se adicione los períodos de servicios prestados en la empresa "B" y "C", descontando el tiempo del contrato de alta dirección y desempeño de la función de consejero delegado en la empresa "B". En primer lugar, el Tribunal desestima acumular los períodos de servicios prestados para la empresa "B" a los efectos del cálculo de la indemnización por despido de la empresa "C". El Tribunal recuerda que la adquisición de dominio de "A" sobre "B", fue seguidamente de la solución negociada de un expediente de regulación de empleo para la extinción de las todas las relaciones laboral, excepto con el actor, cuya relación con la empresa "B" se había terminado por paso a la empresa "C" y por tanto, desde esta perspectiva, se da una situación de continuidad entre las dos empresas, sin perjuicio, de la existencia de una reclamación

obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas las empresas que reciban la prestación frente al trabajador²⁰¹.

No obstante, hay que tener en cuenta, que esta tesis no resulta aceptable cuando la circulación de trabajadores dentro del seno del grupo constituye un mecanismo de interposición con la finalidad de eludir responsabilidades o defraudar derechos que la

judicial contra la empresa "B" por su extinción. En segundo lugar, respecto a la extensión de la responsabilidad, que es aquí lo que interesa, el Tribunal tenía que pronunciarse si la responsabilidad de la indemnización por despido de la empresa "C" corresponde exclusivamente a esta empresa o existía una responsabilidad solidaria a cargo de las otras dos empresas del grupo. El Tribunal concluye que la reclamación contra la empresa "B" no podía prosperar porque no se habían producido relación, de tipo orgánico o funcional, entre esta empresa y la empresa "C", independientemente, de que estuvieran vinculadas ambas con la empresa "A". Sin embargo, el Tribunal sí que atribuyó a la empresa "A" la responsabilidad solidaria de la indemnización por despido del actor por las empresas "C", al quedar probado que la vinculación operativa de las mismas en la contratación y cese del actor ha sido más que suficiente para justificarla. El Tribunal concretó que los dos principales ítems de esa vinculación operativa o funcional eran la coincidencia en la misma persona del cargo de administrador y, la cronología del origen y vicisitudes de la relación del trabajo con el actor en la empresa "C", que coincidían y no por azar con el cese de actividades de "B" y, con la finalización del expediente de regulación. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha entendido que la coincidencia en la misma persona del cargo de administrador no es un dato suficiente para apreciar la responsabilidad solidaria de ambas empresas, pues la mera coincidencia de un administrador común, *"aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquélla"*²⁰⁰ y, que la fecha de cese del trabajador coincida con la existencia de un expediente de regulación de empleo, no constituye un elemento adicional de la responsabilidad solidaria laboral de las empresas del grupo. Si la circulación del trabajador dentro del grupo obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo, no puede darse en este caso la prestación laboral indiferenciada, sino la movilidad dentro de las empresas del grupo, con los efectos del artículo 43 ET por aplicación analógica, para establecer las garantías necesarias del trabajador²⁰⁰, por lo que no cabría declarar la responsabilidad solidaria a la empresa "A" respecto del despido de la empresa "C". De hecho, respecto de las personas jurídicas codemandadas, el Tribunal no constató la existencia de los requisitos exigibles para alzar el velo, sin embargo, condenó a la empresa "A" como responsable solidaria respecto del despido de la empresa "C". En contra de lo que dice el Tribunal de excluir a la empresa "B" de la responsabilidad solidaria por el despido del actor por la empresa "C" y, siguiendo la línea argumental anterior, pienso que el caso planteado debería resolverse desde la perspectiva de circulación de trabajadores dentro del grupo, con el propósito de aplicar los efectos del artículo 43 ET, para establecer las garantías necesarias del trabajador y, evitar que el abandono voluntario del trabajador de la empresa "B" para pasar a trabajar en la empresa "C", implique una renuncia a sus derechos.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (Sentencia 250/1991). *"...debiendo reiterarse la doctrina de esta Sala (Sentencias de 8 de octubre de 1987 y 26 de noviembre de 1990, entre otras) en el sentido de que se ha de reconocer una única relación de trabajo, no escindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo, aun cuando el trabajador desempeñe, sucesiva o simultáneamente, funciones en las distintas empresas que integran el grupo; todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas ellas frente al trabajador..."*

Ley no ampara²⁰² o, cuando la unidad de gestión creada queda proyectada sobre cualquier aspecto de la relación laboral. Desde el punto de vista del análisis jurídico, a la hora de delimitar con rigor las situaciones en las que puede producirse el desvelamiento, debe considerarse la prestación de servicios²⁰³ realiza por el trabajador para unas y otras empresas²⁰⁴ y, los órganos jurisdiccionales de lo social valorar la prestación laboral para concluir que, a partir de esa compleja situación fáctica, se está en presencia de un funcionamiento unitario en el ámbito de la gestión de personal y que, por ello, resulta justificada la ruptura del principio de separación patrimonial²⁰⁵.

Desde esta perspectiva, es criterio de la doctrina jurisprudencial que, la prestación de servicios prestados indistintamente para varias empresas del grupo de manera puntual durante un corto periodo de tiempo, no tiene relevancia para sostener que se está en presencia de una confusión de plantillas. Es el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2018 (Rec. 168/2017). La Sentencia objeto del recurso consideró que la empresa demandada no formaba grupo de empresas a efectos laborales con la empresa codemandada. El actor argumentaba la supuesta existencia de un grupo de empresas, al concurrir que ambas empresas tenían el mismo objeto social, identidad de socios y apoderados y el mismo domicilio social. Pero, con independencia de las anteriores consideraciones, el actor esgrimía un

²⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008). *“Salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador)”*.

²⁰³ El supuesto de la prestación de trabajo para dos o más empresas del grupo plantea dos situaciones posibles; a) si la prestación de trabajo es simultánea, es decir, cuando el trabajador presta sus servicios para todas o varias empresas del grupo a la vez, pese a ser empleado de una sola empresa; y b) si la prestación de trabajo es sucesiva, es decir, cuando el trabajador primero presta servicios para una, cuando finaliza esta relación laboral inicia otro con otra empresa del grupo, después para otra empresa del grupo y así para sucesivamente.

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012)

²⁰⁵ Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 770/2012 Granada, Andalucía de fecha 21 marzo 2012 (Rec. 266/2012). Sentencia Tribunal Superior de Justicia País Vasco de fecha 22 marzo 2012 (Rec. 419/2011). Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de mayo de 1997 (Número 1353/1997).

funcionamiento unitario de la empresa, reflejado en la prestación de servicios para las dos empresas. Ciertamente es, que tres trabajadores habían prestado servicios simultáneamente para ambas empresas, en concreto, 19, 16 y 53 días, en un periodo de más de 10 años, con una plantilla de unos 20 trabajadores. El Tribunal argumenta que, de manera alguna tiene relevancia la prestación de servicios indistintamente por los trabajadores para ambas empresas como para sostener que se está en presencia de una confusión de plantilla, *“que a su vez evidencie un funcionamiento unitario y que a la par consienta afirmar la existencia de “empresa de grupo”, que finalmente obligue a situar el ámbito de la crisis económica en el grupo y no en la concreta empresa afectada”*. Negativa que el Tribunal ampara en la doctrina de la *insignificancia* que ha sido aplicada por la Sala²⁰⁶. De modo que, cuando se produce una prestación de servicios indiferencia para dos o más empresas, el *“dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral, no es la unidad de empresario, sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador”*, es decir, no importa para cuantos empresarios ha prestado servicios, sino el tiempo de prestación de servicios realizada por el trabajador²⁰⁷. En estos casos, no hay una actuación de ambas sociedades mezclada en su actuación empresarial, *“salvo esa episódica cesión, que no*

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (Rec. 3035/2014). *“...conforme al cual no pueden considerarse típicas las acciones que, aunque formalmente encajan un tipo y son antijurídicas, tienen una relevancia mínima. Principio de justicia del que hicimos aplicación -aun sin expresamente denominarlo- en algunas ocasiones, como en las SSTS 27/04/15 (rec.1881/14), 12/05/15 (rec. 2683/14) y 14/05/15 (rec. 1588/14), que en supuestos de realización de cometidos agrícolas por parte de desempleados, excluyeron la rigurosa aplicación de su legal incompatibilidad con la percepción del subsidio de desempleo (art. 221.1 LGSS): «(l)a prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social...») y toda relevancia sancionadora, atendiendo a la consideración del escaso contenido económico de la actividad llevada a cabo y acudiendo a un presumible destino -en gran medida- de autoconsumo, ajeno a lo que -con cierta propiedad- ha de calificarse como verdadero “rendimiento económico”*”.

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2018 (Rec. 168/2017). *“El dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario, que no se da, sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador pues la mínima intercomunicación laboral... en un periodo de más de diez años y en una plantilla de unos 20 trabajadores, presenta una entidad mínima cuya trascendencia ha de rechazarse a través de la llamada doctrina de la «insignificancia», que ha tenido consolidada aplicación en el ámbito de la jurisprudencia contencioso- administrativa y que igualmente ha sido aplicada por esta Sala, a veces sin denominarla expresamente”*.

*se materializa con la asunción formal de la posición de empresario por la empresa cesionaria en la parte correspondiente a la actividad que desempeñe para ella*²⁰⁸.

En cualquier caso, para que la prestación de servicios a favor de las empresas del grupo determine la existencia de un grupo de empresas laboral es preciso que esté generalizado o afecte a un grupo significativo de trabajadores, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, porque si solamente afecta a unos pocos trabajadores concretos y específicos, lo que existirá es una solidaridad en la relación de dichos concretos trabajadores²⁰⁹. De manera, que cuanto mayor sea el número de trabajadores afectados por esa prestación laboral indistinta, mayor relevancia jurídica tendrá a efectos de la declaración de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo ²¹⁰. Entonces, el problema que se plantea, es precisar con que números de trabajadores hay que estimarse una confusión de plantillas para la extensión de la responsabilidad o, si la confusión de plantilla no tiene que ser total para justificar la extensión de la responsabilidad. GOERLICH PESET, J.M²¹¹, argumenta que hay que acudir también a criterios más indeterminados como el “uso promiscuo de la mano de obra”, que valora tanto las condiciones en la que se produce las prestaciones de servicios –si cuenta o no cobertura contractual- como los elementos cuantitativos. En definitiva, la dificultad de acreditar la confusión de plantilla, obliga a reflexionar sobre la relevancia jurídica que tendrá a efectos de una organización unitaria, lo que ha hecho que la jurisprudencia juegue un papel importante a la hora de delimitar el

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2.004 (Rec. 1961/2004). Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de enero de 1994 (Sentencia 32/1994), Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013)

²⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (108/2014). “*Que esté generalizada o afecte a un grupo significativo de trabajadores desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, porque si solamente afecta a unos pocos trabajadores concretos y específicos lo que existirá es una solidaridad en la relación laboral de dichos concretos trabajadores, pero no del grupo laboral en sentido estricto*”.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 06 de mayo de 1981 (Sentencia 800/1981). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2.004 (Rec. 1961/2004).

²¹¹ GOERLICH PESET, J.M (2014), ob. cit., p. 9.

alcance de la confusión de plantilla atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, estableciendo que:

La prestación de servicios prestados indistintamente para dos empresas del grupo de manera puntual durante un corto periodo de tiempo, no tiene relevancia para sostener que se está en presencia de una confusión de plantillas. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 1996 (Rec. 777/1996)²¹², Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de enero de 1994 (Sentencia 32/1994)²¹³, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013)²¹⁴. O bien, cuando los servicios del trabajador son utilizados por dos o más empresas, que va escalonándose en períodos más o menos breves. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos de fecha 14 de marzo de 2.013 (Rec. 98/2.013) concluyó que independientemente la trabajadora hubiese prestado servicios para una y otra empresa no puede derivarse la existencia de un grupo empresarial, para ello la relación laboral debería haber permanecido vigente y desarrollarse indiferenciadamente para ambas empresas. En este caso la trabajadora prestó

²¹² *“Como puede apreciarse, lo acaecido en el presente procedimiento no tiene nada que ver con tal situación pues lo único acreditado es que la actora que siempre había sido contratada por una de tales empresas lo fue en una sola ocasión por otra, y que dos señores apellidados E. P. pertenecen a alguno de los Consejos o Junta Rectora de tan sólo algunas de las demandadas; pero ni aparece empresa dominante alguna, ni unidad de dirección económica o empresarial, ni la realidad económica de una dividida en varias, ni confusión de patrimonios, trabajadores, etc. Por el contrario, se trata de varias empresas con algún directivo común a todas ellas, lo que, por sí solo no constituye ninguna anomalía ni sospecha de dependencia o de actuar unificado de todas ellas. No habiendo, pues, grupo...”*

²¹³ *“Sin que se haya acreditado que el recurrente haya prestado servicios de forma equiparable a una relación de trabajo normal para la empresa-persona jurídica “A”, salvo la intervención aislada y esporádica en un proyecto para “A” con la cualidad de simple cliente del estudio de arquitectura, lo que excluye toda posibilidad de admitir la figura del Grupo de Empresa en sus relaciones de trabajo, resultando notoriamente insuficiente para llegar a la conclusión pretendida por el recurrente el dato de que el empresario individual D. José Antonio, en unión de su esposa, ostentaran por mitad la totalidad del capital social y el cargo de administradores solidarios de la entidad mercantil “A”...”*

²¹⁴ *“No se ha acreditado que se haya producido prestación simultanea o sucesiva de servicios entre personal directivo de la mercantil “A” y “B”, pues lo único que consta es que el antiguo gerente de “B”, que fue destinado a “A” en septiembre de 2012, siguió cobrando su nómina de “B” hasta diciembre de 2012, lo que ,dado la brevedad del periodo y el hecho de que afectase a una sola persona, no resulta de entidad suficiente para tildar tal situación de prestación indiferenciada de servicios del personal a las dos empresas del grupo”.*

servicios por cuenta de la empresa “A” en el periodo de abril de 1.999 a 15 de mayo de 2.000, y de 17 de mayo de 2000 a 31 de julio de 2.011, y por cuenta de “B” desde el 1 de agosto de 2.011 hasta el 11 de mayo de 2.012, pero no existía dato alguno que permitiera deducir que tras el 31 de julio de 2.011, la trabajadora hubiera prestado servicios además de para la empresa “B” para la anterior empresa “A”.

- Cuando la empresa carezca de personal propio y realiza sus actividades contratadas por otra sociedad del grupo, hay confusión de plantilla. En este caso, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012 (Rec. 17/2012) concluye que cuando la empresa carezca de personal propio y realiza sus actividades contratadas por otra sociedad del grupo, hay confusión de plantilla. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Rec.81/2012). En el caso concreto, la mercantil “A” es una empresa creada ficticia e instrumentalmente, sin sustento real, sin trabajadores, sin actividad propia o diferenciada y desde luego regida, dirigida, controlada por D. Federico, con el objeto de eludir que Talleres “B” no facturase sus ventas a los clientes directamente, según instrucciones de D. Federico. Las únicas actividades que llevaba a cabo la mercantil “A” -facturación fundamentalmente- las realizaba con personal de Talleres “B”. El Tribunal entendió que ni siquiera sería necesario acudir a la idea de grupo de empresas, porque los trabajadores también son parte de la plantilla de la empresa “A” y por ello solidariamente responsable de lo que suceda con las consecuencias jurídicas del despido practicado por Talleres “B”, al existir una confusión de plantilla clara y evidente.
- La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid excluyó la existencia de grupo empresarial, al no acreditarse que toda o, al menos, la mayor parte de la plantilla afectada, prestaron sus servicios de forma simultánea e indistinta

para las codemandadas. De hecho, el ERE afectaba a 21 trabajadores y, solamente cinco trabajadoras habían prestados servicios simultánea e indistintamente para las empresas codemandadas²¹⁵.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de mayo de 2012 (Rec. 10/2012) concluye la existencia de un grupo empresarial, por considerar que: a) las sociedades funcionan de forma unitaria en el mismo centro de trabajo sin que exista distinción de las actividades llevadas a cabo por las mismas y, además, se da la prestación simultánea de los trabajadores de la empresa “A” a las sociedades “B”, “C” y, “D”, de tal forma que incluso el calendario de vacaciones se efectúa de forma conjunta y, b) el funcionamiento unitario de dichas empresas se desprende, en el hecho que los trabajadores hicieron aportaciones a tres de las sociedades, a efectos de su participación en un régimen de incentivos instaurado en dichas sociedades, retribuyéndose en función de los beneficios obtenidos en las tres sociedades. Sin embargo, puede ocurrir que el centro pueda estar físicamente dividido y las actividades de cada una de las sociedades separadas desde el punto organizativo y directivo, de manera que los trabajadores de cada una desarrollan actividades claramente separadas entre sí, sin conexión alguna entre las diferentes plantillas.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 12 de Junio de 2014 (Rec. 79/2014), matiza que la confusión de plantilla determinante de la existencia de un grupo a efectos laborales no viene determinada por la prestación de servicios para las distintas empresas del grupo, sino que la existencia de estos servicios comunes compartidos, se lleven a cabo sin contabilizar adecuadamente dichas prestaciones como gastos e ingresos de cada una de las empresas con arreglo a su valor razonable,

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de abril de 2013 (Sentencia número 280/2013). *“En consecuencia, debería acreditarse que toda o, al menos, la mayor parte de la plantilla afectada, prestó servicios efectivos de forma simultánea e indistinta para las codemandadas, y de lo actuado solo se tiene noticia de las particulares circunstancias de las trabajadoras que lo hicieron en la forma expresada en los ordinales decimoctavo a vigésimo segundo, hecho del que no cabe deducir que hubiera una confusión de plantillas o indistinta prestación de trabajo para las empresas traídas al proceso de todo el personal afectado por el expediente”.*

tal y como exigen la normativa contable. La Audiencia Nacional llega a la conclusión que, en la centralización de servicios o la utilización de servicios comunes, hay una actuación de ambas empresas mezcladas en su actuación empresarial, que se materializará en la existencia de un grupo laboral, pero bajo la lógica de la confusión patrimonial, es decir, cuando se produce una prestación de servicios indiferenciada para las distintas empresas del grupo y, se lleve a cabo sin contabilizar adecuadamente dichas prestaciones como gastos e ingresos de cada una de ellas, lo que se estaría produciendo sería una confusión patrimonial. De modo que, la confusión patrimonial determinante de la existencia del grupo laboral no es la prestación de servicios a favor de las empresas del grupo, sino la falta de contabilización de las operaciones dentro del grupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa contable²¹⁶, salvo, que dicha prestación de servicios tenga un carácter marginal o quede acreditado que los pagos se realizan a precios de mercado. El grupo actúa como auténtico empleador de los trabajadores de las distintas empresas. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 07 de febrero de 2013 (Rec. 1/2013), llega a la misma conclusión. En este caso una empresa "A", integrante del grupo "B", prestaba servicios de contabilidad, asesoría, publicidad y la decoración de establecimientos, actividades que se prestaban fundamentalmente a las empresas del grupo y en menor medida a otras empresas. El trabajador contratado por la empresa "A" había prestado sus servicios indistintamente para las distintas empresas del grupo bajo la dirección de la empresa "A". El Tribunal llega a la conclusión de que no se daban los requisitos exigibles para alzar el velo y condenar a las mismas como responsables de las mismas, al no constar el trasvase de plantilla ni capitales. El trabajador realizaba su actividad como decorador en las diferentes tiendas

²¹⁶ Según el marco conceptual del Plan General de Contabilidad -Real Decreto 1415/2007, de 16 de noviembre-, "el valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. El valor razonable se determinará sin deducir los costes de transacción en los que pudiera incurrirse en su enajenación. No tendrá en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria"

que estaban adscritas al grupo, actividad que era debidamente facturada y que no implicaba trabajar para dichas empresas, *“sino en el lugar donde aquellas tenían sus tiendas, aunque lo fuera por cuenta de la empresa “A”, que era quien percibía el importe de su actividad profesional”*. Con anterioridad ya, habían aparecido pronunciamientos judiciales en esta misma dirección utilizando la conjunción copulativa “y” para unir el concepto de confusión patrimonial y confusión de plantilla. Los órganos jurisdiccionales de los social habían querido que ambos conceptos vayan unidos, y no por separados, para acreditar la existencia de un grupo de empresas laboral, de lo contrario, hubiera utilizado la conjunción disyuntiva “o”, para que la presencia de uno de cualesquiera elementos hubiera sido suficiente para extender la responsabilidad solidaria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004), expone que, *“de acuerdo con reiterada doctrina judicial, “la existencia del grupo de empresas a efectos laborales exige un funcionamiento unitario integrado y confusión patrimonial y de plantilla”, por lo que no cabe establecer responsabilidad solidaria de una de las sociedades respecto de períodos de trabajo prestados por cuenta de la otra”*, argumento expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014) e incorporado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía (Málaga) de fecha 03 de octubre de 2003 (Rec. 1179/2003) y, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de fecha 18 de Abril del 2013 (Rec. 1967/2012)²¹⁷. Sin embargo, no se puede llegar a esa conclusión, cuando es habitual que, los grupos de empresas engloben actividades productivas diferentes y centralicen servicios comunes con el objetivo de encontrar la estructura organizativa adecuada que le permita ser

²¹⁷ *“la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad” ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de cualquiera de ellas» pero si lo es que exista una «confusión patrimonial e intercomunicación de trabajadores, con prestación indiferenciada al grupo, superponiendo abusivamente la formal autonomía jurídica de cada sociedad limitada sobre lo que no es sino una sola realidad económica y organizativa». La responsabilidad de todas y cada una de las empresas demandadas, en cuanto grupo empresarial, y en orden a posibles ceses que se califiquen como despidos improcedentes es patente”*.

competitiva en el mercado. No siendo determinante de una confusión patrimonial la centralización de servicios comunes entre las empresas de los grupos, *“siempre que se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores”* ²¹⁸.

Sin embargo, pueden ser numerosas las circunstancias que pueden poner en evidencia la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, lo que supone una tipología de supuestos muy amplia. De las situaciones contempladas en cada caso concreto, serán los órganos jurisdiccionales de lo social quienes deberán valorar en la prestación de servicios la presencia de un conjunto de circunstancias o hechos para concluir que, a partir de esa compleja situación fáctica, se ha producido una utilización desviada de la sociedad en perjuicio de los trabajadores y que, por ello, resulta justificada la ruptura del principio de separación patrimonial y la comunicación de responsabilidades²¹⁹. El problema radica en determinar en cada caso sí, dicho comportamiento tiene la suficiente gravedad como para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo frente a los trabajadores, lo que permitirá al órgano jurisdiccional de lo social levantar el velo cuando el juez estime estar en presencia de una situación generadora que perjudique los intereses de los trabajadores. Es obvio que, las situaciones, en la práctica, son muy variadas y, bajo las referencias expuestas, resulta complicado precisar cuándo una actuación empresarial pone de manifiesto su funcionamiento unitario, salvo que, respondan a escenarios que no ofrecen lugar a dudas a ese funcionamiento unitario, por un lado, cuando la prestación de servicios prestados simultáneamente para dos empresas del grupo se realiza de manera puntual durante un corto periodo de tiempo, en este caso, no tiene

²¹⁸ Sentencia de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998).

²¹⁹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 770/2012 Granada, Andalucía de fecha 21 marzo 2012 (Rec. 266/2012). Sentencia Tribunal Superior de Justicia País Vasco de fecha 22 marzo 2012 (Rec. 419/2011). Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de mayo de 1997 (Número 1353/1997).

relevancia para sostener que se está en presencia de una confusión de plantillas y, por otro lado, cuando la empresa no tiene trabajadores realizando su actividad con personal de otra empresa, respondiendo solidariamente, por confusión de plantilla.

Determinar el peso que tiene la prestación de servicios a favor de las empresas del grupo a efectos de declarar la comunicación de responsabilidad, dota al órgano jurisdiccional de lo social de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de valorar los indicios de cada caso concreto, causando un déficit de seguridad jurídica²²⁰, pues en ocasiones, los indicios que en algunas sentencias sirve para apoyar una decisión en otras ocasiones se falla en contrario. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 8 de febrero de 2013 (Rec. 6551/2012). En fecha 2 de noviembre de 1990 el actor inició prestación de servicios para la empresa “A”; a partir del 17 de diciembre de 1996 fue subrogado por la empresa “B”; a partir del 1 de enero de 2007 fue subrogado por la empresa “C”, empresa que absorbió a la anterior; esta última empresa en fecha 14 de mayo 2007 pasó a denominarse “C”. En este caso la Sala concluye que si bien es cierto que el actor ha prestado servicios para varias empresas, no puede apreciarse prestación indiferenciada o confusión de plantilla, cuando lo ha hecho en función de las diversas subrogaciones que se han producido, y en todas ellas, se le han respetado sus derechos como bien acredita que la empresa le haya abonado la indemnización por despido con efectos de la primera empresa para la que comenzó a trabajar, lo que nos obliga a desestimar también el presente motivo. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 26 de junio de 2012²²¹. En contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y

²²⁰ ESTEVE REGARRA, M.ª A. (2007), ob. cit., p. 2. ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª. L (2009), ob. cit., p. 3. LÓPEZ BUSTABAD I.J., (2018). “El levantamiento del velo de la persona jurídica: una doctrina impredecible”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 107/2008. Editorial Civitas, S.A. Pág. 1.

²²¹ “El hecho de que el actor haya pasado de una empresa a otra no demuestra más que una subrogación contractual, por él aceptada, como así se ha manifestado, y el reconocimiento de antigüedad no es más que un pacto entre las partes, el hecho de que hiciera una auditoria en el Hipermax de Tarragona, cuando prestaba servicios para CTE, nada justifica, pues su función estaba

León (Valladolid) de 25 de junio de 2012 (Rec. 1084/2012). La Sala del Tribunal apreció la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales toda vez que concurrían la confusión de plantilla, la prestación conjunta de servicios para terceros y, *fundamentalmente* el reconocimiento la antigüedad de más de 15 años reconocida por la empresa “A” al tiempo en que comenzó a prestar sus servicios ésta. En síntesis, las empresas demandadas desarrollan actividades complementarias; concurrido frecuentemente ambas en la prestación de servicios en una misma obra. Los administradores de las dos empresas son hermanos, y diversos empleados, entre ellos el actor, han prestado servicios sucesivamente para ambas entidades. Del relato de los hechos, es obvio, que no ha existido ningún elemento perturbador que haga pensar que ha existido un intento de eludir responsabilidades, más aún, cuando se ha tratado de proteger los derechos del trabajador reconociendo la antigüedad desde sus inicios. Nada dice la sentencia, que la fórmula societaria de las empresas oculte una titularidad empresarial de carácter familiar en beneficio de los intereses individuales de cada uno de los hermanos –los administradores de las dos empresas son hermanos-, pudiendo constituir en caso contrario un abuso del derecho que determinaría la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo. O en el supuesto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de mayo de 2014 (Rec. 264/2014), declara la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales al considerar que *“la demandante ha prestado sus servicios para todas las empresas codemandadas, pese a ser empleada de la mercantil “A”, llevando, para todas ellas, las tareas de administración contabilidad, liquidación de impuestos y retenciones de IRPF de todos los trabajadores de sus plantillas”*. Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014), sostiene que la confusión patrimonial determinante de la existencia del grupo laboral no es la existencia de servicios

siendo realizada en virtud del contrato suscrito entre ambas empresas...”, de ahí que frente a lo que se postula en el único motivo de recurso no se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para apreciar grupo de empresas a efectos laborales al no existir unidad de caja ni de plantilla, ni apariencia externa de unidad empresarial”.

comunes o el uso de determinadas estructuras productivas por las diferentes sociedades del grupo, sin la falta de contabilización de las operaciones intra-grupos con arreglo a su valor razonable.

En consecuencia, el funcionamiento unitario es un simple dato organizativo que debe de ir más allá de cualquier situación que produzca una desviación de la personalidad jurídica de la sociedad que perjudique gravemente los derechos de los trabajadores cuando se utiliza ilegítimamente. Lo importante, no es tanto el elemento de fraude a los derechos de los trabajadores buscado en las resoluciones judiciales, sino, si es posible alcanzar la conclusión de que se ha producido una confusión funcional de las esferas de actuación, manifestadas bien en el ámbito de la gestión de personal, bien en el ámbito de la gestión patrimonial y, por ende, permitirá levantar el velo y comunicar la responsabilidad y, en otras ocasiones, el reconocimiento de una posición empresarial común que, se proyectará sobre cualquier otro aspecto de las relaciones laborales. Así, por ejemplo, con respecto a la expectativa de reingreso tras un período de excedencia. Los Tribunales han considerado la opción de reingreso en otras empresas del grupo donde existía una vacante²²². O bien, a la hora de establecer el ámbito de referencia para la reestructuración de medidas en el ámbito del grupo. En este caso la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993 (Rec. 2067/1991), concluye que, si bien es cierto que dos empresas tienen 23 y 40 trabajadores respectivamente, en realidad forma una unidad empresarial, por lo que el número de trabajadores que ocupan las empresas demandadas es superior a cincuenta, no encontrándose facultadas para amortizar un puesto de trabajo al amparo del 52.c ET²²³. En contrario, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid excluyó la existencia de grupo empresarial, al no acreditarse que toda o, al menos, la mayor parte

²²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999 (Rec.3718/1988). “(...)que las demandadas conforman un grupo de empresas, en las que se produce un constante trasvase de empleados entre una y otra, la opción de reingreso debe poder satisfacerse en una de ellas indistintamente”.

²²³ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 (Rec. 641/2005)

de la plantilla afectada, prestaron sus servicios de forma simultánea e indistinta para las codemandadas. De hecho, el ERE afectaba a 21 trabajadores y, solamente cinco trabajadoras habían prestados servicios simultánea e indistintamente para las empresas codemandadas²²⁴.

3.2.3 Confusión patrimonial o caja única

No está de más recordar que, la doctrina recogida sobre la independencia de las sociedades con vínculos accionariales entre ellas²²⁵, no comporta la pérdida de independencia a efectos jurídicos-laborales. El que una empresa tenga acciones en otra y ello, aunque el accionista mayoritario -con el 99% y hasta el 100% de las acciones-²²⁶, no es suficiente para el reconocimiento de una confusión patrimonial²²⁷, tan solo, determina la posición jurídica de los socios dentro de la sociedad²²⁸ y, en el caso de los grupos de empresas, la vía de control de la sociedad dominante sobre el resto de sociedad dominante -grupos por subordinación-, conforme señala el art. 42

²²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de abril de 2013 (Sentencia número 280/2013). *“En consecuencia, debería acreditarse que toda o, al menos, la mayor parte de la plantilla afectada, prestó servicios efectivos de forma simultánea e indistinta para las codemandadas, y de lo actuado solo se tiene noticia de las particulares circunstancias de las trabajadoras que lo hicieron en la forma expresada en los ordinales decimoctavo a vigésimo segundo, hecho del que no cabe deducir que hubiera una confusión de plantillas o indistinta prestación de trabajo para las empresas traídas al proceso de todo el personal afectado por el expediente”.*

²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012). *“Todas las empresas comparten administrador único, sin constancia alguna de confusión de plantillas, organizativa o patrimonial. En tales condiciones la coincidencia indicada es completamente irrelevante, como lo sería igualmente una cierta coincidencia en el accionariado o titularidad de las mercantiles”.*

²²⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1207), reconoció la existencia de una unidad empresarial entre dos sociedades, una de las cuales era accionista única de la otra, si bien es cierto, éste dato, no fue relevante para la resolución del caso.

Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de junio de 2014 (Rec. 546/2013). *“Aunque esa participación de una de las empresas en la otra llegue a alcanzar porcentajes ciertamente llamativos (como el 99,97% que la correspondía a la empresa dominante en la STS 25/09/13 -rco 3/13 -; o del 100% de la STS 28/01/14 -rco 16/13), siempre que -repetimos- no concurre ningún elemento adicional que lleve a mantener la existencia de un grupo de empresas con específica responsabilidad laboral”.*

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec.2828/2012). *“Que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio”.*

²²⁸ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 490.

Código de Comercio. Más aún, cuando en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, define el capital social, como la *“cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales”* y no, como indicativo de un grupo de empresas laborales. Siendo el límite mínimo de responsabilidad frente a terceros de sesenta mil euros, art. 4 Ley de Sociedades de Capital.

Puede pensarse que, la constitución de una sociedad cuyo capital social quede íntegramente suscrito por otra que, conserva íntegramente los poderes de decisión, organización y dirección de la actividad e incluso llegue a determinar la política salarial, produce la responsabilidad de la empresa principal, empañando su separada personalidad a efectos laborales²²⁹. Sin embargo, el que una empresa tenga acciones en otra no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídicos-laborales, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores determinantes de una condena solidaria²³⁰, son factores suficientes para afirmar la existencia o no de un grupo de sociedades, siendo el elemento de control el factor determinante de la existencia o no de un grupo de empresas en el ámbito laboral, pero no de la extensión de la responsabilidad²³¹.

La doctrina jurisprudencial sostiene que *“no es identificable la confusión patrimonial con el mero hecho de compartir capital social, sino en la del patrimonio y, tampoco necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera*

²²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 02 de diciembre de 1994 (Rec. 926/1993).

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012). *“Por lo que hace, en fin, a la unidad de dirección que pone de manifiesto la existencia de administradores comunes y participaciones, se trata, como ha señalado la sentencia precitada, de un elemento constitutivo del grupo, no de un elemento adicional determinante de responsabilidad o de una posición empresarial común”*.

²³¹ Entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

utilización de infraestructuras comunes”²³². Lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, “siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso; y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación”²³³.

Los Tribunales han considerado que no existe confusión patrimonial cuando; a) se ha cedido en arrendamiento el local a una sociedad del grupo, por un precio al de mercado²³⁴ y, también bajo el abono de precio contractualmente fijado²³⁵ se utilice diversa maquinaria u otros bienes; b) es habitual que los grupos de sociedades centralicen una serie de actividades y tareas a fin de optimizar el servicio²³⁶, evitando duplicidades en los puestos, existiendo en el tráfico mercantil gran número de sociedades que tienen como objeto social la prestación de este tipo de servicios, tanto para el grupo como para terceros, no siendo atribuible a tales circunstancias la relevancia como para calificarlas de confusión patrimonial cuando exista una factura girada por la prestación de servicios o, la receptora de servicios venía haciéndose cargo conjuntamente con aquélla del pago de salarios o, de parte de los mismos²³⁷; c) las estrechas relaciones comerciales y de colaboración entre sociedades del grupo

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012).

²³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 21 de marzo de 2019 (Rec. 283/2019).

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2017 (Rec. 3049/2015).

²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2014 (Rec. 132/2013). “*Confusión de patrimonios, elemento que no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso*”.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2017 (Rec. 3049/2015). “*Es habitual que los grupos de sociedades centralicen una serie de actividades y tareas a fin de optimizar el servicio, evitando duplicidades en los puestos, existiendo en el tráfico mercantil gran número de sociedades que tienen como objeto social la prestación de este tipo de servicios, tanto para el grupo como para terceros*”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987 (Sentencia número 2048/1987).

constan como créditos²³⁸ y deudas en la contabilidad auditada de cada una de las empresas²³⁹, por ejemplo, la formalizan préstamos sin vencimiento fijo avales y garantías solidarias frente a acreedores, ayudas financieras para cubrir pérdidas, pago a proveedores y pago de material²⁴⁰.

La confusión patrimonial no es necesariamente derivable de la mera utilización de infraestructuras comunes o prestación de servicios entre las empresas del grupo²⁴¹, no concurriendo las causas determinantes de la responsabilidad compartida, cuando el abono del precio pactado de los servicios prestados se realiza con arreglo a su valor razonable. En este supuesto, con la utilización de servicios comunes entre empresas del mismo grupo lo único que se persigue es utilizar la máxima capacidad operativa de los bienes existentes dentro del grupo y, encontrar la estructura idónea para maximizar beneficios, siendo una forma de colaboración económica, sin que implique una confusión de los patrimonios de las sociedades, aunque puede ser un indicio de una auténtica unidad económica²⁴². No obstante, quedarán excluidas de la responsabilidad solidaria las operaciones mercantiles o financieras dentro del grupo, cuando los servicios que se prestan entre las sociedades del grupo, son objeto de la correspondiente factura y correctamente reflejados en los libros de contabilidad de las sociedades²⁴³.

En los casos que, la utilización de servicios comunes entre empresas del mismo grupo opera con un grado extremo de comunicación de patrimonios, darán lugar a una confusión de los patrimonios de las sociedades, identificable con la existencia de un sistema de caja única, a lo que en doctrina se ha calificado como *“promiscuidad en la*

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012).” *El mero hecho de que las empresas demandadas se hayan otorgado garantía en determinadas operaciones de crédito”.*

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992).

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992).

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997).

²⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012).

²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997).

*gestión económica*²⁴⁴ y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de *“permeabilidad operativa y contable”*²⁴⁵. Lo que se reconoce, es una actuación unitaria del grupo bajo unos mismos dictados y coordinadas de gestión económica. De esta forma, se pasa de la apariencia de la responsabilidad separada a una responsabilidad común de todas las empresas del grupo, al comprobar que existe una mezcla de bienes²⁴⁶, derechos, interés y obligaciones que, generan una situación de confusión patrimonial de todas ellas, donde se produce una utilización torticera de las estructuras jurídicas de las sociedades. Se trata de buscar aquellas empresas que se benefician del patrimonio del que no son titulares, sin contraprestación alguna. Piénsese en el caso de un trabajador que ha venido prestando servicios para la empresa “A”, bajo su dirección y ámbito de dirección percibiendo de ella el salario, pero la empresa “A” lo recibía de la empresa “B”²⁴⁷ o, en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de julio de 2001 (Rec. 4378/1999), declarando la unidad empresarial, *“al comprobar cómo se trasladan cantidades de numerario de unas a otras, sin operaciones en las que dicho dinero fuera precio”* o, se traspasan propiedades de bienes inmuebles, compartidos en su uso bajo la anterior titularidad dominical de una de ellas.

Ahora bien, existirá dicha confusión cuando concurra una mezcla de los elementos patrimoniales que tenga una cierta entidad o relevancia, de modo que se pueda concluir que el grupo o, algunas de sus sociedades actúan como una unidad económica empresarial, quedando excluidas aquellas operaciones que, entran dentro de la

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre 2017 (Rec. 3049/2015).

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997).

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017 (Rec. 283/2016). *“Ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación”*. Es decir, ante la imposibilidad de deslindar la titularidad de activos y pasivos de cada una de las sociedades, bien por no llevar una contabilidad detallada o no llevarla, conforme el art. 25 y 28 del Código de Comercio, deriva en un caso de confusión patrimonial.

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 (Sentencia número 443/1988). *“Son objeto de la correspondiente facturación y obran como créditos y deudas en la contabilidad auditada de unos y otros”*.

actuación del interés del grupo, sin que conste la existencia de un perjuicio relevante para el trabajador. Por ejemplo, la utilización por una del soporte informático de la otra para la contabilidad, la utilización de una misma dependencia para cierta correspondencia o entrega y depósito de mercancía²⁴⁸, los vehículos de alguna de las sociedades se depositen en locales de otras sociedades pertenecientes al grupo²⁴⁹, en otras ocasiones se ha declarado la inexistencia de la responsabilidad del grupo cuando una sociedad desarrolla su actividad en local arrendado a otra empresa del grupo y es conocido que la propietaria de las instalaciones y la demandada tienen los centros de trabajo colindantes, con lo que se refuerza la apariencia de unidad empresarial²⁵⁰. No basta cualquier conexión²⁵¹ para inferir la existencia de un grupo de empresas laborales, es necesario que se evidencie que las sociedades han sido creadas fraudulentamente con la finalidad de obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores²⁵².

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 31 de julio de 1995 (Rec. 1034/1994).

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 2828/2012).

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2014 (Rec. 546/2013).

²⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 29 de septiembre de 2016 (Rec. 2151/2014). *“El hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil, no representa, en sí mismo considerado, una circunstancia que resulte reveladora por sí sola del abuso de la personalidad societaria, por ser habitual entre sociedades de un mismo grupo familiar”*.

²⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de marzo de 2012 (Rec.1441/2010). La actora presentó demanda en reclamación de diferencias salariales entre las percibidas y las que entiende que, se deducen que entiende aplicable a la relación el Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la Provincia de Cádiz, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz 288/2004, de 14 de diciembre de 2004, y no el aplicado, que era el Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección. Y alega no sólo que la actividad que desarrollaba la actora no estaba comprendida en este Convenio sino, además, que la prestación de servicios la realizaba para un grupo empresarial que se dedicaba al comercio al por menor de prendas de vestir, al que se debe declarar responsable solidario tras aplicar la teoría del levantamiento del velo, y aquel Convenio Colectivo al ser esta su actividad principal.

La parte actora, ha venido prestando servicios por cuenta ajena bajo la dependencia de la empresaria demandada D^a Alicia. La empresa “A” y “B” ofertaban a sus clientes la adquisición de prendas de vestir y complementos de moda. Junto a ello, ofertaban a sus clientes la realización por cuenta del establecimiento de los arreglos correspondientes en las prendas de vestir, los que se llevaban

La determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado²⁵³, sin que pueda considerarse una lista cerrada para la extensión de la responsabilidad solidaria. Y Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 13 de julio de 1998 (Rec.1241/1998) afirma que el grupo opera con un elevado grado de comunicación entre las sociedades integrantes del grupo en las siguientes situaciones:

- Condonación de deudas importantes entre ambas sociedades", "transferencia de la totalidad de los inmuebles de una a otra ya directamente o a través de otra empresa del grupo " o "avales de créditos de unas empresas a otras".
- Carencia de metálico y de tesorería propia" en una de las empresas del grupo cuyo personal era pagado con fondos de la otra.
- "En todo momento (una empresa) ha satisfecho a la (otra) las remuneraciones (del personal)".
- Se funciona en régimen de "cajas aparentemente al menos únicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6094)).

comúnmente a efecto en el establecimiento en el que estaba empleada la demandante y que era regentado por la demandada D^a Alicia, y que se ubicaba en la última planta del mismo inmueble en que se encontraba el establecimiento "B".

Por la realización de tales arreglos la demandante percibía la demandante un importe mensual uniforme en concepto de salario. Junto a ello, por tal actividad, las empresas "A" y "B" abonaban a la demandada D^a Alicia el importe correspondiente al precio de los arreglos que se efectuaran.

"Alguna vez ingresara el importe de la nómina de la actora la empresa "A" y otras la empresa "B" de la que su Gerente es la empresaria que tenía contratada a la actora. Lo que nos lleva a pensar que la atribución formal de la condición de empresaria a la persona física demandada no tenía otro objeto que evitar la aplicación del Convenio Colectivo indicado a la prestación de servicios de la actora, con evidente menoscabo de sus derechos laborales".

²⁵³ Hay que recordar, que nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora las circunstancias concretas del caso. Estas circunstancias aparecen en los hechos probados de los supuestos sometidos a la consideración de los jueces laborales.

- Esta (empresa) venía haciéndose cargo conjuntamente con aquella del pago de salarios" (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7838)).
- Se había hecho cargo del abono de las nóminas.
- Renuncia interna de créditos y existencia de negocios jurídicos habidos sin claras contraprestaciones".

Finalmente, existe el contrato de *cash pooling* que consiste en centralizar la tesorería de las diversas sociedades del grupo, lo que facilita la gestión de la tesorería²⁵⁴. Sin embargo, la utilización de esa herramienta lleva a pensar a nuestros Tribunales, la posibilidad del reconocimiento de una unidad empresarial entre sociedades integradas en un grupo, teniendo su punto de apoyo en las circunstancias de que tales sociedades operan con un elevado grado de comunicación económica que puede determinar la existencia de una caja única, dando lugar necesariamente a una confusión de patrimonios²⁵⁵.

Así pues, el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de enero de 2014 (Rec. 256/2014), considera que el *cash pooling* entre empresas de un mismo grupo produce una situación de caja única pero no determina necesariamente una confusión de patrimonios sociales *“por cuanto se ha acreditado que los ingresos y*

²⁵⁴ SERRANO OLIVARES, R. (2014). “Grupos de empresa a efectos laborales y cash pooling”. *Revista Iuslabor* 1/2014. Pág. 2. “Nos referimos, en particular, al «cash pooling» o gestión centralizada de tesorería. Se trata de una herramienta financiera que permite transferir saldos y movimientos de cuentas bancarias pertenecientes a empresas vinculadas a un grupo para dotarse de liquidez sin necesidad de formalizar contratos de préstamo. Permite, por tanto, una financiación intragrupo automática, distribuyendo los excesos de tesorería de una sociedad a otra que pueda tener necesidades de liquidez, de modo que el ahorro de costes financieros es considerable. Además, este sistema permite un mayor poder de negociación con las entidades financieras al producirse economías de escala financieras”.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2014 (Rec.16/2013). “Es irrelevante la existencia de cuentas consolidadas, como efectivamente consta que las presenta JTEKT CORPORATION (hecho probado segundo) pues tan solo se trata de información contable, propia del grupo que, hemos de insistir no es por si solo la base de comunicación de la responsabilidad. Basta recordar a propósito de la función de las cuentas consolidadas que el artículo 42-ap. 3º del Código de Comercio dispone que las consolidadas que integran el grupo de formular sus propias cuentas.

salidas de la cuenta citada están perfectamente documentados y diferenciados por empresas, por lo que no concurre la exigencia de "promiscuidad patrimonial", como reclama la jurisprudencia". Con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de marzo de 2010 (Rec. 3351/2009)²⁵⁶, vino a resolver la inexistencia de caja única por el simple hecho de la existencia de un contrato de *cash pooling*, al quedar deslindada la contabilidad y patrimonio de cada una de ellas.

Y por contra, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de diciembre de 2013 (Rec. 1608/2013), considera que *"el pago de deudas entre las mismas mediante el sistema referido de gestión centralizada con trasvases de saldos, borra la autonomía financiera de las empresas dominadas por la principal, de forma que, al fin, en este apartado tan básico y decisivo, no cabe afirmar que la condición de empleador esté ejercida en realidad y de modo exclusivo por quien formalmente figura como tal, al producirse esos movimientos de forma automática o simultánea o con la periodicidad estipulada (diaria, mensual, etc...). De esta forma, puede resultar que las partidas destinadas al abono del salario del trabajador, formalmente adscrito a una de las empresas, provengan, sin embargo, indistintamente tanto de la principal como de las otras integrantes del grupo, ha generado pronunciamientos judiciales diferentes. Se revela, pues, en el presente caso, una real unidad de empresa con arreglo al art. 1.2 ET".*

Debe tenerse en cuenta que, la herramienta de *cash pooling* es una práctica aceptada en los grupos de empresas, instrumentalizada mediante un contrato lícito entre la entidad financiera y la empresa matriz que, hace posible la gestión centralizada de la tesorería de las diversas sociedades integrantes del grupo de empresas, de modo que, se permite pasar de varias cuentas que posee cada empresa del grupo, a una cuenta única y centralizada, manteniendo saldos deudores y

²⁵⁶ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia de 17 de noviembre de 2010 (Rec. 720/2010).

acreedores entre ellas. De tal manera que, el grupo utiliza el *cash pooling* como instrumento financiero de liquidez para las empresas del grupo para evitar tensiones de tesorería y evitar tener que acudir a la financiación privada a través de entidades bancarias. Lo que se traduce en un ahorro significativo de costes financieros mediante la disponibilidad de líneas de crédito para las sociedades integrantes del grupo a través de los excedentes de tesorería del mismo.

Todo ello teniendo presente que, las sociedades integrantes del grupo son jurídicamente independientes con el mantenimiento de registros contables separados y adecuados para cada miembro del grupo de todas las operaciones, sin que pueda hablarse de operaciones mezcladas entre las sociedades del grupo que dieran lugar a una unidad empresarial, por no existir una confusión de patrimonios. Pretender que se suprima la nota de autonomía e independencia de las sociedades integrantes del grupo y, que se afirme que el *cash pooling* supone la gestión centralizada de todas las cuentas de las sociedades del grupo y, por tanto, la permeabilidad operativa y contable, debe rechazarse especialmente cuando no existe confusión patrimonial²⁵⁷. Quedando excluidas, conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997) aquellas operaciones mercantiles o financieras realizadas en el ámbito del grupo, justificadas con los criterios generales del grupo mercantil, si son objeto de una correcta facturación y obran como créditos y deudas en la contabilidad auditadas de unos y otros, expuestas anteriormente.

Cuestión distinta es que, el *cash pooling* se utilizase para descapitalizar unas compañías por otras²⁵⁸ causando daños a terceros. Lo característico de este supuesto

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de octubre de 2014 (Rec. 228/2014). “*El cash pooling viene definido en los diccionarios económicos como una gestión centralizada de la tesorería para Grupos de empresas, o para Sociedades con muchas delegaciones, de modo que se permite pasar de varias cuentas que posee cada empresa del grupo, a una cuenta única y centralizada, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes, y por ende con una mejora en los resultados financieros, elemento éste que así considerado no es suficiente a criterio de la Sala para concluir la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales*”.

²⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de octubre de 2013 (Rec. 178/2013). “*Lo que se le imputa, en definitiva, es que en un momento en el que su situación económica era muy*

es que la extensión de la responsabilidad no se justificaría en el reconocimiento de un funcionamiento unitario, sino en un ejercicio abusivo de la dirección unitaria y de la personalidad jurídica. En el fraude de ley no se otorga relevancia a un ejercicio anormal y abusivo de la personalidad jurídica. Solamente, a través de la figura del fraude se permite una consideración unitaria del grupo, por la existencia de una confusión patrimonial y de plantilla que permitirá levantar el velo de la personalidad jurídica y comunicar la responsabilidad al resto de sociedades del grupo, donde se conserva la titularidad formal de las distintas empresas y éstas siguen siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada donde tiene lugar y se desenvuelven las relaciones de sus trabajadores. La institución que explicaría la descapitalización de la sociedad no sería a través del fraude de ley, al no existir confusión patrimonial, más bien, sería la figura del abuso de la personalidad jurídica lo que permitiría levantar el velo de la personalidad jurídica cuando se crean empresas aparentes sin sustento real con el único fin de dar una apariencia externa de pluralidad, utilizando desviadamente el instituto de la personalidad y patrimonio independientes, para eludir el pago de deudas u otras responsabilidades y que, por lo tanto, al fin de evitar que el entramado societario burle los derechos de los acreedores, lo que se consigue extendiendo a todas ellas una responsabilidad solidaria.

3.2.4 Abuso de la dirección unitaria

La dirección unitaria es un elemento consustancial a la idea de grupo de empresas, pero no determinante de la existencia un grupo a efectos laborales. No obstante, en otras ocasiones la dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio, cuando se ejerce anormalmente, en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante²⁵⁹.

apurada (ya hemos concluido en el fundamento anterior que consideramos probado que se encontraba en insolvencia), ya que carecía de liquidez suficiente para poder hacer frente a sus deudas corrientes, procedió a vaciar su patrimonio, esto es, a trasladar a otras sociedades del grupo, fundamentalmente la matriz, "A", sus activos principales, esencialmente dinero en efectivo".

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2014 (Rec. 46/2013).

Las operaciones de reestructuración societarias como resultado de la segregación de los activos industriales o comerciales de otra que, manteniéndose operativa se convierte en empresa matriz de la empresa constituida, obteniendo a cambio participaciones. En la mayoría de las ocasiones se constituyen “para desarrollar una empresa arriesgada y evitar que su eventual fracaso golpee el patrimonio de la sociedad matriz”²⁶⁰, existiendo una clara tendencia a perseguir el interés común de las empresas, conservando la autonomía de la personalidad y el patrimonio independiente de cada una de las sociedades del grupo y, por tanto, la exclusión de la responsabilidad de solidaria. Pese a ello, no impide que en ocasiones el nivel de organización y de gestión en el poder de dirección del grupo se vea enfrentado al interés propio de las sociedades integradas en el grupo. El hecho no se debe a que tengan intereses diferentes, más bien, se produce el sacrificio de la sociedad dependiente al interés del grupo y consiguientemente, la posibilidad de que sufra perjuicios como consecuencia de las decisiones de la dirección unitaria del grupo, incidiendo en la estructura patrimonial y social de la empresa dependiente. Esta actuación, *“representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos -los más corrientes daños y perjuicios-, al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas -anormalidad en el ejercicio- y subjetivas -voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo-”*²⁶¹ y, en momento alguno, la ley puede amparar el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, en caso contrario dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medias judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, conforme

²⁶⁰ PAZ ARES, J.C. (1983), “Sobre la infracapitalización de las sociedades”. *Anuario de derecho Civil*, número 36. Pág. 1589.

²⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006 (Rec. 1820/2000).

el art. 7.2 CC. Es por ello que, estaría justificado que terceros afectados por la decisión pudieran exigir responsabilidades a los causantes y obtener una satisfacción.

No obstante, el principio general es *“la falta de responsabilidad de los socios y administradores, dada la separación que se produce en las sociedades de capital entre sus patrimonios y el de los socios que la componen(...)impidiendo ejecutar las deudas sociales sobre el patrimonio particular de las personas físicas que las integran”*²⁶². En los grupos de sociedades la función que viene a cubrir la limitación de la responsabilidad es una función de *“diversificación del riesgo”*²⁶³, de modo que, los acreedores financieros principalmente y, grandes proveedores, internalizan en el contrato los riesgos que asumen con la operación de manera exacta, consiguiendo garantías personales u otros tipos de garantías o, bien con un tipo de intereses alto. Si se decretase por los Tribunales la responsabilidad ilimitada de los socios *“estarían haciendo políticas redistributivas para lo que no están autorizados: estarían transfiriendo rentas de los accionistas a los acreedores, puesto que éstos, en cierto modo, cobrarían dos veces: una en forma de prima de riesgo y otra — cuando se produce la crisis— reembolsándose con cargo al patrimonio privado de los socios”*²⁶⁴. Ahora bien, los acreedores más débiles, entre ellos los trabajadores, no internalizan en su negociación contractual el riesgo de una posible descapitalización o infracapitalización. Dicho esto, en el orden social, no sería adecuado aplicar de forma restrictiva la extensión de responsabilidad a las personas físicas titulares de las acciones o participaciones sociales, frente a las responsabilidades contraídas por éstas con los trabajadores, cuando el riesgo no ha sido internalizado -por ejemplo, vía costes- y, por tanto, quedaría justificado el reembolso a los trabajadores de las cantidades liquidas, liquidas y exigidas, con cargo al patrimonio de los socios, siendo

²⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 2017 (Rec. 444/2017).

²⁶³ PAZ ARES, J.C. (1983), ob. cit., p. 1589.

²⁶⁴ PAZ ARES, J.C. (1984), *“La infracapitalización. Una aproximación contractual”*. *Revista de derecho de sociedades*. Pág. 261.

una excepción a la responsabilidad limitada de las sociedades que hasta el momento no se ha considerado por los tribunales.

Desde la perspectiva laboral, no resultaría coherente con la constatación de tales hechos que, el trabajador reprochase el perjuicio causado a la sociedad en la que presta servicios cuando no se ha producido una infracción de la norma en la esfera del contrato de trabajo. Acorde con el remedio impuesto por el art. 7.2 CC., los trabajadores afectados podrían exigir responsabilidades por deudas laborales a los administradores societarios fundadas en omisión de los deberes societarios, contrarios a la Ley, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa, art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital²⁶⁵. En todo caso, la declaración de responsabilidad de los administradores traería como consecuencia reparar, solidariamente, el daño causado, mediante la correspondiente indemnización, derivada del ejercicio de una acción de responsabilidad civil, pero, se pierde un supuesto de hecho relevante para el Derecho de Trabajo a la hora de extraer consecuencias en el desarrollo de las relaciones laborales que no puede plantearse en la jurisdicción civil al no tener éstos competencias, por ejemplo, el ámbito de referencia de las medidas de reestructuración empresarial. Además, en esta situación donde el comportamiento del administrador es contrario a la diligencia debida con arreglo a las leyes y los estatutos de la sociedad, permite pensar en una probabilidad elevada de un comportamiento de ocultación de su patrimonio que impida hacer frente a la condena reparadora del daño.

Desde el punto de vista del análisis jurídico es interesante valorar, el grupo de empresas como ámbito particular de las relaciones laborales a la hora de establecer las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso. Proponer como solución al supuesto de abuso de la dirección unitaria un régimen de responsabilidad civil, supone quedarse a mitad camino, puesto que no se impediría la

²⁶⁵ Los administradores socios del grupo vienen obligados al cumplimiento de sus obligaciones, pero, se ejercitan de forma anómala produciendo un efecto lesivo a terceros

persistencia del abuso atendiendo a la *ratio legis* de la norma, art. 7.2 CC. Así pues, dentro de una lógica que vaya más de la declaración de la existencia de una empresa unitaria, se trata de identificar aquellos supuestos donde la personalidad jurídica de la sociedad, su autonomía patrimonial y la limitación de la responsabilidad se utilizan abusivamente perjudicando a terceros, donde es posible levantar el velo y, penetrar en el substrato real de la persona jurídica a efectos de determinar la responsabilidad abstrayéndose de la personalidad de cada una cuando quede acreditado: “a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva -ejercicio del derecho con intención de dañar, con “*animus nocendi*”, o en forma objetiva -ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo-”²⁶⁶. En este contexto, no existe en la realidad práctica un grupo de empresas como tal, del que pueda afirmarse que se ha actuado en fraude de sus correspondientes obligaciones, lo que permite levantar el velo de la personalidad jurídica cuando se pretende utilizar el privilegio de la limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital en beneficio de otras personas físicas o jurídicas con perjuicio de los trabajadores. Lo característico de este supuesto es que no se apoya en una posición empresarial común, sino en una utilización desviada de la personalidad jurídica, distinto de la utilización fraudulenta de la persona jurídica.

Sin embargo, con frecuencia los Tribunales han declarado la responsabilidad solidaria de todas las sociedades integrantes del grupo, descartando que exista una titularidad jurídica de cada una de las sociedades demandadas, existiendo una única relación laboral, ya que el verdadero empresario es una única sociedad, la que ostentan el poder organizativo y de gestión de las empresas agrupadas²⁶⁷. Comparto la

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (Rec. 658/2010).

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2012). “En el presente caso, la “dirección unitaria” de las tres sociedades demandadas que se ha descrito, constituye, en realidad la “organización y dirección” a que alude el artículo 1 ET, cuando hace referencia al “empleador o

idea de que la utilización desviada del privilegio de la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital para proclamar la no comunicación de responsabilidades y la independencia entre las sociedades implicadas, queda encuadrada dentro del supuesto de abuso de personalidad jurídica, al que *“se ha de aplicar la doctrina del levantamiento del velo que, nos permite ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente de obtener beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores”*²⁶⁸. Sin embargo, no comparto la extensión de la responsabilidad solidaria más allá de la sociedad contratante, basada en la búsqueda del verdadero empresario quien se beneficia de la utilidad patrimonial derivada de la prestación laboral, cuando la realidad no es otra que, como consecuencia de las decisiones impartidas por la dirección del grupo se derivan perjuicios para una de las sociedades y, por extensión a sus socios, acreedores y, entre ellos, a los trabajadores. En este contexto no estamos ante un funcionamiento unitario del grupo en el ámbito de la gestión de personal y patrimonial, como si de una única empresa se tratara, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad derivado de un ejercicio anormal y abusivo de la personalidad jurídica que, causa un perjuicio en el trabajador, porque el actor está ejercitando un derecho que le pertenece y, aun así, se ejercita de forma anómala produciendo efectos lesivos al trabajador, declarando la responsabilidad solidaria al amparo del art. 7.2 CC, fuera de la esfera del contrato de trabajo.

La cuestión es determinar cuando el uso de la dirección unitaria es causa inmediata de la comunicación de la responsabilidad, es decir, aquellas situaciones relevantes en las que el dato de la dirección unitaria quede encuadrado en una forma típica de

empresario", o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo".

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (Rec. 121/2013).

extralimitación de la misma. Piénsese en el caso de que, la empresa dominante dirige todos los contratos con sus clientes a una sola empresa o, aquella situación, donde la empresa dominada presta servicios al resto empresa del grupo, por debajo del precio de valor de mercado, incurriendo en pérdidas, con la finalidad de reducir plantillas fundada en causa económica o, en aquellas situaciones que, se concentran los trabajadores con mayor antigüedad en las empresas más frágiles. En estos supuestos los indicios fundamentales de la apreciación del abuso de dirección unitaria derivan de la connivencia, ocultación o desviación del patrimonio de la empresa en perjuicio de terceros²⁶⁹ o, la movilidad de los trabajadores a las empresas más frágiles utilizados a fin de justificar posteriores procesos de crisis y ajustes de plantilla. De modo que, el abuso de la dirección unitaria es relevante en todos aquellos casos en que las dificultades financieras de una sociedad filial traen causa por su inserción en el grupo de empresas.

Para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad dirigida a obtener unos beneficios que redundan en perjuicio de los trabajadores, siempre que se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco donde se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores, decidiendo autónomamente en materias claves como la contratación, organización, dirección, extinción o disciplina, no podría constituir un abuso de la dirección unitaria que determinase la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo²⁷⁰ sin suprimir la nota de independencia jurídica de sus miembros y la

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 29 de mayo de 2003 (Rec. 667/2003). *“En el caso concreto, la conducta fraudulenta se aprecia en que se ha dejado asumir a la empresa SAL la totalidad de las deudas derivadas de las relaciones entre ellas y con la Administración, así como las que se derivan de las prestaciones sociales y la responsabilidad con terceros, por lo que la actual situación de insolvencia de la misma debe estimarse fraudulenta y en perjuicio de los trabajadores, a los que se deben prestaciones cuyo impago se pretende justificar por la vía de la insolvencia económica para hacerles frente”*.

²⁷⁰ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F (2009), “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”. La Mutua (Madrid). Número 21. Pág. 72. “La restricción de derechos laborales es inefectiva, e inoponibles a los trabajadores los pactos interempresariales de los que deriva, cuando la cooperación entre empresas sea de tal naturaleza que, aún

limitación de responsabilidad correspondiente. La cuestión a valorar es si, el abuso de la dirección unitaria ha influido en la situación negativa de la sociedad o por el contrario, es la respuesta a una situación económica por la que atraviesa la empresa que no es meramente coyuntural, sino que puede considerarse estructural, respondiendo a unas circunstancias del mercado que, se concretan en una necesidad de reajuste o redimensión de recursos humanos dada la reducción de costes a consecuencia de la competencia del sector y disminución de la actividad ordinaria²⁷¹. También puede suceder lo contrario que, acreditada una situación económica negativa del grupo, además, tuviese una mayor incidencia en empresas filiales lo que permitiría que se dieran por concurrentes todos los elementos que justificaran la razonabilidad de la medida extintiva. En este caso, el grupo, económico y puesto que funciona con la existencia individual de las empresas integrantes y éstas siguen siendo el marco de organización, dirección y gestión en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones de trabajo individuales y las relaciones colectivas a nivel de empresa, la medida extintiva no sería identificable con la situación económica deriva de un abuso de la dirección unitaria, siempre que, quedase acreditado una situación económica negativa y la necesidad de un reajuste o redimensión de sus recursos humanos dado que la

lícita y legítima, condicione en la empresa formal la posibilidad de decidir autónomamente en materias clave del funcionamiento de la relación laboral: la contratación, la determinación de condiciones básicas de servicio –usualmente categoría y salario, aunque no necesariamente, como se ha visto en el caso de la superficie comercial y el contrato de cuentas en participación–, la disciplina, o la extinción. Sólo con estos matices es posible admitir la figura del “empresario de mínimos” que a veces transparenta la jurisprudencia: no para definir a un verdadero empresario laboral sino para señalar el área intangible de la gestión laboral de la empresa por parte de terceros”.

²⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2006 (Rec. 1992/2003). *“...el hecho de que la empresa pertenezca a un grupo transnacional, hace necesario que ésta implemente los programas de renovación tecnológica y de reorganización técnica, comercial, etc., que le permitan ser parte importante de los planes del grupo transnacional al que pertenece, debiendo en este sentido afrontar el reto de la tendencia mundial a trasladar a América latina y Asia la producción industria...(y las) reducciones de plantilla van a ser limitadas y van a afectar a un grupo de trabajadores, los mayores de 60 años, que por haber cotizado largo tiempo a la Seguridad Social y por hallarse próximos a la edad de jubilación, objetivamente van a resultar menos afectados que el resto de los trabajadores, sin olvidar además que hay razones –la lógica falta de adaptación de esos trabajadores de edad avanzada a las nuevas tecnologías que se incorporan a la empresa por exigencias de competencia y productividad– que avalan que sean precisamente ellos los afectados por el despido colectivo”.*

empresa ha reducido sus ingresos de explotación y, la reducción de los costes de personal, contribuyen directamente a reducir los costes empresariales de la filial del grupo, bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio que se ha manifestado la necesidad de suprimir los puestos de trabajo

En cualquier caso, la responsabilidad por abuso de la dirección unitaria se basa en un hecho culpable, lo que quiere decir es que debe existir una correlación entre la utilización del derecho subjetivo y el perjuicio causado al trabajador, para ello, la asignación de la carga de la prueba de la existencia del grupo y sus particularidades corresponde a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales que no son otros que, la responsabilidad solidaria de los integrantes del mismo. En momento alguno, se *“ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades del grupo, pero sí ha de alcanzar a las citadas características especiales que tiene relevancia para las relaciones de trabajo”*²⁷² que ponga en evidencia que de la situación del grupo proceda el despido.

El problema surge, a la hora de delimitar cuando existe un ejercicio abusivo de una dirección unitaria. En realidad, la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo dependerá de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que se haya puesto de manifiesto y valorado²⁷³, de tal modo que, a partir de una actuación probatoria del trabajador que aportará indicios racionales de que la sociedad dominada ha sufrido un perjuicio de la dominante, ésta fuera quien tuviera que demostrar que la realidad del estado económico y social de la empresa filial se hubiera producido por una decisión empresarial que hubiera sacrificado el interés de la empresa al interés del grupo. Así ocurre que, si de la documentación aportada²⁷⁴ se

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 (Número 674/1990).

²⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012).

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 de octubre de 2004 (Rec.5391/2001). *“...no puede estimarse acertada la doctrina de que la integración en una agrupación económica que promueva expediente de regulación de empleo haya de comportar la obligación de demostrar, formal, documental y exhaustivamente, la realidad efectiva la crisis afectante a todas y cada una de las empresas que constituyen la agrupación, siendo suficiente con que se pongan a disposición de*

ha probado el hecho básico a que dé lugar las medidas adoptadas sea consecuencia de la dirección unitaria y no en orden a una situación de crisis generalizada que justifique las medidas, el Tribunal debe entender que el grupo es el ámbito de valoración de las medidas de reestructuración empresarial y, por ello, la causa económica debería quedar referida al grupo en su totalidad y no, a la empresa individualmente considera, extendiendo la responsabilidad solidaria al grupo.

Por tanto, el abuso de la dirección unitaria tendría causa fundada en las dificultades económicas²⁷⁵, donde la acreditación de tales causas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora, separando las causas económicas de las técnicas, organizativas y de producción, de modo que, aún en caso de grupo²⁷⁶, las concurrencias de causas técnicas, organizativas y productivas pueden acreditarse sólo en relación de cada una de las empresas del grupo.

los trabajadores los elementos necesarios para que se pueda comprobar la realidad de esa crisis generalizada. Así ocurre que, si de la documentación aportada puede deducirse la realidad del estado económico y social de la empresa integrada en el grupo aunque se adolezca de alguno de los documentos a aportar por la misma, es viable solicitar y obtener la decisión de despido colectivo mediante expediente de regulación de empleo, cuando razonablemente se ponga en evidencia una crisis económica generalizada de todas las entidades que constituyen el grupo económico, y que abarque, por lo tanto, a aquella o aquellas entidades integradas con respecto a las que se acuse la falta de la totalidad de la documentación exigible”.

²⁷⁵ CAMPS RUIZ, L.M (1994), “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág.39.

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Rec. 965/2012). “...a) tratándose de causas económicas y para el supuesto de un «grupo de empresas» a los efectos laborales -con la consecuente solidaridad que ello comporta- la acreditación de tales causas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora, pues si el grupo constituye el único empleador, la referida causa económica -como la productiva- concurrente en una de ellas no justifica la concurrencia del motivo de extinción previsto en el art. 52.c ET («necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo»), por estar ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad (STS 31/12/01 -rco 688/90 -) (STS 23/01/07 -rec. 641/05 -); y b) por el contrario, el ámbito de apreciación de las causas organizativas es el sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento, o lo que es igual, basta con que se acredite «exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo» (SSTS 13/02/02 -rec. 1436/01 -; y 19/03/02 – rec. 1979/01STS (Social) de 19 marzo de 2002 -) (recientemente, SSTS 31/01/08 -rec. 1719/07 -; 12/12/08 -rec. 4555/07STS (Social) de 12 diciembre de 2008 -; 16/09/09 -rec. 2027/08STS (Social) de

En ocasiones, se produce la externalización de las funciones directivas de una empresa, donde la sociedad filial no cuenta con equipo de dirección propia, siendo la empresa dominante la que asume su dirección. La jurisprudencia española admite, como punto de partida la irrelevancia de la existencia de servicios comunes e incluso la dirección unitaria, como indicios insuficientes para la extensión de las responsabilidades entre las sociedades integradas en el grupo²⁷⁷, no obstante exceptuada, con el correspondiente levantamiento del velo de la personalidad jurídica, *“cuando el grupo empresarial o parte del mismo aparezca desde su inicio o se haya convertido en todo un sistema de ocultación y de no transparencia jurídica”*²⁷⁸ que persigue la dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En este punto, la cuestión a resolver es la determinación del sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades propias de la condición de empresario. Es lo que se ha llegado a preguntarse en la Sentencia del Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Proc. 256/2020), si la empresa filial es una verdadera empresa o empresa aparente, por lo que debe levantar el velo a fin de descubrir que se esconde tras la personalidad jurídica de la filial en el entramo societario centralizado. En el caso concreto, las empresas del grupo se dedican a la certificación de servicios sobre normas de calidad lo que se hacía a través de 8 líneas de negocio, que no son estancas particularmente entre “A” y “B”. La empresa “A” y “B” forman parte de un grupo internacional de prestación de servicios de certificación y auditoría cuya sociedad dominante radica en Francia y, cuya sociedad cabecera en España es “C” que actúa como sociedad de

16 septiembre de 2009 -; 16/05/11 -rec. 2727/10STS (Social) de 16 mayo de 2011 -; y 08/07/11 -rec. 3159/10STS (Social) de 8 julio de 2011 -), siquiera últimamente se haya trasladado el núcleo de cuestión al campo de la «racionalidad» de la medida extintiva, que puede llevar a considerar los restantes centro de trabajo de la empresa (STS SG 29/11/10 -rec. 3876/09STS (Social) de 29 noviembre de 2010 -)».

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de febrero de 2008 (Rec. 80/2008). *“...la mera titularidad entre sí del capital del grupo, e incluso la dirección unitaria y la existencia de servicios comunes de administración y publicidad, que están probados, no constituyen indicios bastantes para concluir en la existencia de fraude a los derechos de los trabajadores, por connivencia u ocultación o desviación de patrimonio de la empresa, como sería necesario para ampliar la responsabilidad a dichas codemandadas”.*

²⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo 2005 (Proc. 215/2004).

cartera y prestación de servicios de soporte a las entidades filiales. Por un lado, proporciona a las restantes compañías créditos a un precio inferior al de mercado para atender los gastos de explotación, a través de un sistema de gestión centralizado de tesorería *-cash pooling-*, pactado entre “C” y la entidad financiera “H”, aunque las filiales deben pedir su autorización para obtener préstamos y donde, todas las operaciones en la cuenta de entradas y salidas, se registran diferenciadamente según la sociedad afectada. Y, por otro lado, presta a todas las sociedades del grupo servicios de soporte relacionados con recursos humanos y personal, gestión financiera, control administrativo de crédito a clientes, contabilidad, servicios de asistencia y mantenimiento informático, asesoramiento legal, bastos de marketing y comerciales, que se constituyen en soportes productivos del negocio de cada una de las empresas del grupo, a precio de coste, sin añadir margen alguno y a precio de mercado, estos servicios son denominados *management fees*. Lo mismo ocurre cuando se comparten patentes, marcas, procesos, software y, su precio denominado *Franchise Fees* se factura por la matriz española a las empresas del grupo a precio de mercado.

La empresa “C” es controlada al 100% por la matriz internacional, quien a su vez controla sobre las demás compañías, entre ellas, la empresa “B”. En 2011, ante los resultados negativos de la empresa, decidieron externalizar las tareas directivas de la empresa “B”, que se residenció en personal de la empresa “A”. Las retribuciones del personal directivo de “A” se facturaban a “B” bajo la denominación *“importe a la distribución de gastos del departamento de control de créditos y otros gastos de gerencia”* a precio de mercado, que es la que procede al despido y a la modificación de las condiciones de trabajo.

La empresa “B” inicia el periodo de consultas, concluyendo sin acuerdo y la empresa comunica la decisión extintiva que afecta a 27 trabajadores y, la modificación colectiva que se concreta en la reducción de salarios. Con posterioridad al despido, la empresa “A” absorbe a la empresa “B”.

La representación de los trabajadores impugna el despido colectivo y la modificación de las condiciones de trabajo y, denuncian la existencia de un grupo de

empresas a efectos laborales, por lo que debió de negociar con el empresario real que, era el grupo a efectos laborales y no con la empresa “B”, sobre la concurrencia de una confusión patrimonial y confusión de plantillas. Las empresas codemandadas, salvo la empresa “B”, excepcionaron la falta de legitimación pasiva, por cuanto que no eran empleadoras de los trabajadores despedidos, ni formaban un grupo de empresas a efectos laborales, aunque admitieron que conformaban un grupo mercantil.

La Audiencia Nacional descarta que la centralización de servicios o la utilización de servicios comunes convierta al grupo mercantil en un grupo a efectos laborales, *“por cuanto uno de los objetivos de la centralización de servicios empresarial es la promoción de economías de escala que permitan abaratar costes a las empresas del grupo en su conjunto, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012)”²⁷⁹*, no siendo requisito suficiente para extender la responsabilidad solidaria la utilización de servicios comunes, salvo que se hubiera acreditado que los servicios prestados no se facturaban a precio de mercado. Sin embargo, la Sentencia se centra en analizar la externalización de las facultades de dirección de la empresa “B”, concluyendo que, *aunque se haya acreditado que “A” facturaba genéricamente a “B” los servicios gerenciales, sin haberse acreditado, siquiera, que la facturación se realizara en condiciones de mercado, por cuanto mantener una empresa sin dirección propia, al haberse prescindido de la misma desde 2011, mediante lo que los demandados denominaron significativamente “externalización de las tareas directivas”, la hace irreconocible como tal empresa, especialmente cuanto se encuadra en un grupo de empresas, que centraliza absolutamente todos los servicios y decide sobre cualquier decisión de gestión o financiera de la empresa, por cuanto la supresión artificial de la dirección de “B” la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo, lo que constituye, según nuestra opinión, un ejercicio abusivo de la dirección unitaria, así como de la personalidad jurídica, puesto que el mantenimiento de una empresa sin dirección*

²⁷⁹ Sentencia del Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Proc. 256/2020).

propia dentro del grupo constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante". Declarando la nulidad del despido y la modificación de condiciones de trabajo, en tanto que se han vulnerado los art. 51.2 y 41.4 ET que, entendiéndose que debería haberse negociado con la matriz del grupo en España, con la empresa "A" y la propia empresa "B", debiendo readmitir a los trabajadores despididos y reponer a los trabajadores en las anteriores condiciones a que se produjera la reducción salarial.

La Audiencia Nacional reprocha que la empresa "B" se presentará como una empresa autónoma cuando acabó siendo parte de todo más amplio, una división o área de "A" que, finalmente absorbió. La Audiencia entiende que la empresa matriz en España tomó la decisión de dejar sin dirección a "B" y "A" sirvió como instrumento para mantener la apariencia formal de "B", siendo ambas responsables del fraude cometido y del uso abusivo de la personalidad de "B", vaciándola de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo, constituyendo un ejercicio abusivo de la dirección unitaria, así como de la personalidad jurídica. La sentencia parece que vaya encaminada a declarar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, aunque no se haya acreditado confusión de plantillas y confusión patrimonial entre "B" y la totalidad de las empresas del grupo, en atención a la inexistencia de dirección propia en la sociedad filial "B".

Hasta el momento la jurisprudencia acude al levantamiento del velo de la persona jurídica, cuando tiene como fundamento el abuso de derecho y el fraude de ley. El fraude de ley, *"explica por qué la confusión patrimonial y la confusión de plantillas provocan la responsabilidad compartida: porque cada sociedad asume realmente la posición empresarial y porque la aparente pluralidad de las formas de personificación no rompe la unidad patrimonial del conjunto"*²⁸⁰ y sin embargo, se ha elegido la dirección unitaria como elemento patológico cuando se trata de un elemento

²⁸⁰ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 499.

consustancial a los grupos de empresas, lo cual nos sitúa en un escenario atípico como fundamento del fraude de ley. La Audiencia concluye que, dejar sin dirección a “B” provoca la desaparición de su identidad, no siendo posible identificarla y diferenciarla como empresa dentro del grupo, sirviendo la empresa “A” como instrumento para mantener la apariencia empresarial de “B”, de manera que, la personalidad jurídica de la misma es aparente y supone un ejercicio anormal y abusivo de la personalidad jurídica que permite la aplicación de la teoría del levantamiento de velo.

Se puede cuestionar la capacidad productiva de “B” que, tiene delegada su *management* corporativo de dirección en “A” y se abonan por “B” a precio de coste, pero, en el marco de una conducta estratégica del grupo, el factor desencadenante de la extensión de la responsabilidad no es la dirección, más bien, el uso que se hace de ella. En el supuesto enjuiciado, queda acreditado que los actores prestaban sus servicios para la empresa “B”, sin perjuicio de la gestión y dirección que había encomendado a “A”, por lo que, como el resto del personal laboral, prestaban sus servicios para la titularidad empresarial. Bien podría considerarse que, la estrategia empresarial grupal de descabezar la dirección de “B” encomendando a personal que presta servicios en otras de las sociedades integradas en el grupo, haga desaparecer la capacidad de organización de la empresa y, en consecuencia, la autonomía de la filial a efectos laborales. En el caso concreto la empleadora constituye una unidad productiva, en momento alguno dejó de desarrollar la actividad que venía realizando y, la Audiencia Nacional critica que se haya convertido en un sistema de ocultación y de no transparencia jurídica de la realidad, formando parte de un todo más amplio, siendo irrelevante para el juzgador que la empleadora tuviera actividad o constituyera una unidad productiva. Razonamiento este que, no se paró a explorar la Sala ni, argumentar los demandados en primera instancia.

No creo que la estrategia diseñada por el conglomerado de empresas produjera un resultado anómalo en una de ellas al quedar supeditada a la dirección de otra, en todo caso, la utilización de servicios comunes permite abaratar costes o adaptar la estructura empresarial de grupo a las nuevas necesidades del mercado, cuestión distinta sería si los servicios prestados se hubiesen facturado a un precio distinto al de

mercado que no es el caso. En el marco de una conducta estratégica, el sometimiento del interés social de la filial al interés del grupo, no tiene que estar enfrentados a los intereses de la filial, pero en ocasiones puede derivarse perjuicios patrimoniales como consecuencia de las instrucciones impartidas por la dirección del grupo. En tal caso, la extensión de la responsabilidad no se exigiría en el reconocimiento de un funcionamiento unitario unido formalmente a una gestión económica o gestión de plantilla de todas las sociedades afectadas, sino en un ejercicio anormal y abusivo de la personalidad jurídica que, cause daño o perjuicio al trabajador, en este caso restaría por despejar, cual es el daño o perjuicio causado al trabajador. La Sala entiende que la estrategia diseñada por la matriz del grupo en España produjo un resultado singular, la empresa "B" acabó por completo supeditada a la dirección de otra concluyendo que no, estamos ante una empresa autónoma. Desde esta perspectiva, a la Audiencia le es irrelevante que "B" tuviera actividad o constituyera una unidad productiva, más bien le reprocha la carencia formal de dirección real de la empleadora por decisión de la empresa dominante, instrumentando la falta de dirección en un elemento patológico más para añadir a la lista, cuando la unidad de dirección, no es elemento definitorio del grupo a efectos laborales. Durante el tiempo que duró la externalización del servicio de management corporativo de dirección, el personal laboral continuó prestando sus servicios en nombre y por cuenta de la propiedad, figurando en alta en la Seguridad Social y percibiendo sus retribuciones de la empresa "B" y no de "A", al limitarse "A" a una simple mandataria, pues dentro del contenido de servicios prestados por "A", tenía encomendado los de dirección, facturados a "B" bajo la denominación de *"importe a la distribución del departamento de control de créditos y otros gastos de gerencia compartida"*, por lo que acredita que los actores prestaban sus servicios para la empresa "B", sin perjuicio de la gestión y dirección encomendada a "A", sin que medie soporte contractual alguno unido a la falta de un razonamiento en la sentencia sobre la suficiencia de la estructura gerencial de la entidad, lo que hace imposible que se pueda alcanzar la conclusión de que "B" forma parte de un todo. La sentencia bien podía haber argumentado que, la estrategia empresarial grupal de descabezar la dirección de "B" encomendando a personal que presta servicios en otras

de las sociedades integradas en el grupo, hacia desaparecer la capacidad de organización de la empresa y, por tanto, la autonomía de la filial a efectos laborales. En consecuencia, el abuso de la dirección unitaria desplegaría sus efectos en el plano exclusivo de la comunicación de responsabilidades empresariales. Porque en el caso contrario, pese a la amplia intervención de “A” en la gestión de la compañía y por escasa que sea la intervención de empresario en la adopción de medidas en la gestión de la empresa, no se debería apreciar la extensión de la responsabilidad siempre y cuando conserve el marco de organización, dirección y gestión en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales y, el personal laboral continuó prestando sus servicios en nombre y por cuenta de “B”, siendo el ámbito de negociación la empresa y no el grupo. Pues en estas circunstancias, por muy intensa que pueda ser la dirección unitaria sobre la sociedad filial, no acaba desvaneciéndose la identidad de “B” como empleador mientras tenga la capacidad de organizar el trabajo y sea el marco donde se desenvuelvan las relaciones laborales de sus trabajadores. En apoyo a este razonamiento, dado que no existe un grupo de empresas del que pueda afirmarse la existencia de ánimo defraudatorio en su actuación de la persona jurídica -desviaciones patrimoniales, infracapitalización, concentraciones o usos indebidos de personal, etc...- particularmente en orden a la protección de los derechos de los trabajadores²⁸¹, en momento alguno queda acreditado un uso abusivo de la dirección unitaria. No siendo suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, porque la dirección unitaria es un elemento que define la propia existencia del grupo y por sí solo no comporta la superación o desestimación, de forma generalizada la personalidad propia o diferenciada de las sociedades componentes del grupo²⁸², sino que requeriría la concurrencia de otros elementos, por lo que no puede ser tenido en cuenta *“la ausencia de capacidad de decisión propia de cada una de las empresas es una*

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014).

²⁸² CAMPS RUIZ, L.M (1994), “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 39.

*consecuencia de la ya aceptada y legítima decisión unitaria”²⁸³. De manera que, a efectos laborales, la comunicación de responsabilidades a partir del dato exclusivo de la dirección unitaria, daría lo mismo adoptar la forma jurídica de sociedad única que de las varias sociedades agrupadas, desligando la responsabilidad limitada de las sociedades otorgada por el ordenamiento jurídico para concluir que se está ante una única empresa, sin antes examinar el grado de autonomía que debe ser reconocido a las sociedades del grupo en función de las circunstancias concurrentes. Y lo cierto es que, si “B” contaba con autonomía para dirigir su actividad no ha sido combatido en la sentencia de instancia y, es lo que alega “B” en el recurso y, reprocha el Tribunal²⁸⁴ en su contestación que *“esa importante anotación fáctica no ha sido combatida por la vía adecuada; los razonamientos que ahora se aportan sobre la suficiencia de la estructura gerencial de la entidad son inhábiles para revisar un dato objetivo, declarado probado y aceptado por el propio recurso. Siendo esa acefalia autónoma la principal razón del fallo que se impugna, las recurrentes debieran haber centrado su atención en la acreditación de la realidad de cuanto afirman, por incompatible con lo que la Audiencia Nacional declara acreditado”*.*

En cualquier caso, el ejercicio anormal y abusivo de los poderes de dirección y de la personalidad jurídica, no conduciría a la conclusión de que se está ante una posición empresarial común, como señala la Sala, en todo caso, las consecuencias de la mera instrumentalidad de la empresa acreditada por la pérdida de su autonomía, desplegaría sus efectos en el ámbito exclusivo de las responsabilidades.

²⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015 (Rec. 257/2014).

Capítulo 3º: La incidencia del grupo de empresas en la relación laboral

1 La contratación

Normalmente, la prestación de servicios entre las empresas del grupo se realiza sin cobertura contractual y, por tanto, bien podría articularse la prestación de servicios a través de un nuevo contrato de trabajo. Ello exigiría que, el trabajador suscribiera un contrato con cada una de las empresas del grupo –originando una situación de pluriempleo- o que cada empresa o el conjunto de empresas que se beneficiara de los servicios del trabajador, suscribieran un contrato con la empresa que contrató al trabajador a cambio de una compensación económica²⁸⁵, cosa que habitualmente no se realiza.

La existencia de una cobertura contractual con cada una de las empresas, estando en una situación de pluriempleo, no permitiría declarar la existencia de una responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo. Ahora bien, la aparición de circunstancias o elementos anormales que generen disfunciones pueden alterar los esquemas clásicos sobre responsabilidad, piénsese por ejemplo la suscripción de un contrato para degradar las condiciones de trabajo o la pérdida de garantías por parte del trabajador, reducir los derechos de antigüedad y en consecuencia la proyección

²⁸⁵ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2015), ob. cit., p. 06.

sobre el cálculo de la indemnización por despido, promoción, ascensos. La duda es si la prestación de servicios realizada por el trabajador para una y otra empresa permite alcanzar la conclusión de la existencia de un grupo de empresas de ámbito laboral, reconociendo la existencia de una relación laboral con una pluralidad de empresas o, se acepta que las nuevas contrataciones responden a relaciones independientes una de otra. La cuestión que se plantea en este caso es si, la prestación de servicios realizada por el trabajador para una y otra empresa permiten alcanzar la conclusión de la existencia de un grupo de empresas de ámbito laboral, reconociendo la existencia de una relación laboral con una pluralidad de empresas o, se acepta que las nuevas contrataciones responden a relaciones independientes una de otra, diferenciando según la nueva contratación si responde o no a un ánimo fraudulento en la utilización de la personalidad jurídica, reconociendo la existencia de un ámbito de gestión de personal único.

1.1 Aplicación levantamiento del velo por la jurisprudencia

En principio, no habrá prestación indiferenciada de trabajo a las distintas empresas si, la circulación del trabajador dentro del grupo se produce mediante contratos sucesivos con extinción de los anteriores. Este mecanismo tiene la desventaja para el trabajador que no tiene derecho a retornar a la empresa en caso de extinguirse el segundo contrato y al que no se reconocerá los derechos adquiridos por la primera, salvo pacto expreso, o bien, si se produce mediante la suspensión del primer contrato con una empresa, por ejemplo, a través de una excedencia o situación similar permitiendo al trabajador retornar a su empresa de origen cuando se extinga su relación laboral con la segunda empresa²⁸⁶.

La dificultad consiste en determinar cuándo se está ante una nueva contratación, con suspensión o extinción del contrato anterior y, cuando corresponde al supuesto en que los servicios del trabajador son utilizados por dos o más empresas, que va

²⁸⁶ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.486.

escalonándose en períodos más o menos breves. De modo que, será necesario comprobar si hay una sucesión de contratos de trabajo para distintas empresas o si, por el contrario, se está ante un trasvase continuo de personal de unas empresas a otras sin una solución de continuidad que permita delimitar correctamente las distintas contrataciones, lo que configuraría una especie de “*promiscuidad contractual*”²⁸⁷.

Desde el punto de vista jurídico, la movilidad de trabajadores dentro de las empresas del grupo no persigue una interposición ilícita en el contrato de trabajo dentro del grupo para ocultar al empresario real²⁸⁸, sino a través de esta movilidad se permite coordinar y organizar el proceso productivo que ha sido descentralizado²⁸⁹. Se trata de determinar si esa circulación de trabajadores pudiera conducir a la responsabilidad solidaria de todas las empresas que han contratado con el trabajador. Es decir, si los contratos suscritos por el trabajador para las distintas empresas del grupo carecieran de causa o justificación y tan solo pretendieran evitar que el trabajador consolide sus derechos laborales -antigüedad, promoción, ascensos, años de servicio a la hora de determinar la indemnización por despido-. Sería en estos casos cuando el ordenamiento jurídico debería reaccionar para descubrir la realidad subyacente en esas contrataciones.

Ha sido la jurisdicción social quien ha delimitado las consecuencias que pueden derivarse de la huida de las reglas de la contratación en cada caso concreto. El órgano

²⁸⁷ DESDESTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.486.

²⁸⁸ En cualquier caso, la figura ilícita, exige un elemento subjetivo, consistente en su finalidad especulativa y fraudulenta en el seno del grupo - constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador, antigüedad, años de servicios que afectan a una eventual indemnización-.

²⁸⁹ En este sentido se pronuncian las Sentencias de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990) y de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997) “...los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores...”.

jurisdiccional ha declarado la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales a pesar de la existencia de contratos distintos con dos empresas del mismo grupo. Aun así, la casuística es muy variada, como ha quedado recogida en numerosas sentencias:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio 1990 (Sentencia 1107/1990). El demandante suscribió dos contratos a tiempo parcial con la mercantil “A” y “B”, por tiempo indefinido; cargo que le fue ofrecido por carta por el entonces Director General de ambas empresas. Posteriormente, ambas empresas comunicaron al actor que debían prescindir de sus servicios por necesidad de amortizar su plaza al carecer de contenido sus funciones. Una de la cuestión que se planteaba es si ambas empresas demandadas, formaban una unidad de empresas, al encontrarse regidas por un mismo Director General que fue el que en principio hizo la oferta y, las que le contrataron a tiempo parcial. En este caso el Tribunal resolvió, que, a pesar de la existencia de dos contratos suscritos a tiempo parcial por el actor con dos empresas distintas, lo cierto era que en el ánimo de las partes existió la unidad de contratación *“al ser un mismo Director General el que regía ambas empresas, en el momento de recibir el actor la oferta de trabajos; en una misma la función que debía realizar en ellas; percibía un mismo sueldo mensual de ellas; las dos empresas forman parte de un mismo grupo”*.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001). El trabajador como obrero de la construcción lo era a virtud de un contrato de obra -imperfectamente concebido, por ser contrario al ET²⁹⁰- obligándose a

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas de 31 de marzo de 2000 (Rec. 177/2000). *“Así, por lo que respecta al de obra o servicio se exige la forma escrita, y, también la identificación suficiente de la obra o servicio, lo que implica que del texto del contrato ha de resultar la*

prestar sus servicios en una obra que se especificaba o en otras que se le indicaran en un máximo temporal de tres años. Al tratarse de un contrato de obra éste expira cuando finaliza la obra u obras, que además concluyó sin percance o anomalía alguna²⁹¹. El trabajo realizado, bajo la dependencia y retribución “A”, a favor de “B”, no supone esa indiferenciación de plantilla, sino la atención de las necesidades de una determinada obra. De modo, que es imposible derivar en una responsabilidad solidaria.

- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2003 (Rec. 574/2002), donde *“bajo la apariencia de un nuevo y válido contrato de trabajo celebrado entre el actor y una de las empresas del grupo, por el que se respetaba el salario y la antigüedad del trabajador, se ha pretendido formalizar una nueva relación jurídico-contractual con vista a no aplicar el convenio colectivo de la empresa demandada, el cual prevé en su artículo 42.2 una indemnización para aquellos cambios de destino que no impliquen al trabajador un cambio de residencia, y sin especificar si estos cambios de destino han de ser necesariamente forzosos, esto es a iniciativa de la empresa, o pactados”*.
- En otras ocasiones, los Tribunales han analizado si hay una sola relación laboral o son varias las mantenidas por quien ha prestado simultáneamente servicio a varias empresas de un mismo grupo²⁹². En la Sentencia del Tribunal Supremo

obra para la que el actor es contratado, que, por otra parte, ha de ser una obra con autonomía o sustantividad”.

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Rec. 1350/2002). *“...de tal manera que si se contrata al actor para varias obras simultáneas o sucesivas el contrato no se extinguirá hasta que no finalicen todas las obras pactadas expresamente, pues así lo establece el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 49 letra c) del mismo cuerpo legal que contempla como causa de extinción la realización de la obra o servicio objeto del contrato”*.

²⁹² La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 06 de mayo de 1981 (Sentencia 800/1981) caso Argos-Vergara –anteriormente citada-. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2.004 (Rec. 1961/2004) analiza si hay una sola relación laboral o son varias las mantenidas por quien había prestado simultáneamente servicios a varias empresas de un mismo grupo. El actor había prestado sus servicios para la cadena de radio "A" desde el 1 de septiembre de 1.982 con

de 31 de diciembre de 1991 (Rec. 688/1990), la existencia del grupo no se cuestiona y el carácter unitario de la relación se pone de relieve en la forma en que se han producido los nombramientos. D. Jesús, de nacionalidad holandesa ha venido prestando servicios desde el 1 de enero de 1980 para distintas empresas del grupo, “A” y “B”. Mediante carta remita por la empresa “C”, el actor fue nombrado director de la Delegación en Bilbao de la empresa “D”,

categoría profesional de Jefe de Programación de su sede en San Sebastián. La cadena de radio “A” pertenece a un grupo multimedia español de comunicación que, durante el verano del 2.000, crea la televisión “TV”. El actor asume la dirección de la radio y de la cadena de televisión, igual que lo asumieron la mayor parte de los directores regionales de la cadena de radio “A” percibiendo por ello una única retribución en virtud del contrato de trabajo con la cadena de radio “A” –ocasionalmente percibió como incentivo por las funciones desarrolladas en la cadena de televisión-. El actor es despedido por la cadena de radio “A”, despido cuya improcedencia es reconocida en acto de conciliación. El actor demanda a la cadena de televisión “TV”, alegando que había sido despedido verbalmente en sus funciones, pretendiendo que se declarase improcedente el despido y se condenase a dicha cadena de televisión a indemnizarles en legal forma y pagarle los salarios de tramitación. El Juzgado de lo Social desestima la demanda, dejándola sin juzgar, con sustento en que los servicios prestados en la cadena de televisión derivan de su relación con la cadena de radio “A”, tratándose de una encomienda de funciones en una entidad participada y, por tanto, no constituía una relación laboral distinta. Pronunciamiento, que el demandante recurre en suplicación. La cuestión realmente a resolver por el Tribunal era determinar si los servicios que el actor había prestado para la cadena de televisión derivaban del mismo vínculo contractual por el que había trabajado en la cadena de radio o si era considerada una relación laboral indiferenciada. El Tribunal resolvió que los servicios prestados a la cadena de televisión derivaban del vínculo contractual con la cadena de radio, porque se lo ha encomendado la cadena de radio y el demandante lo asume *“pasando a formar parte de sus obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo que mantiene”* con la cadena de radio.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 07 de febrero de 2013 (Rec. 1/2013). La empresa C.T.E. tiene como objeto social la asesoría de servicios financieros y contables, aunque en su actividad incluye el asesoramiento jurídico, laboral, publicidad y de decoración de establecimientos. La actividad profesional del actor se ha venido prestando, a través de C.T.E para las diversas empresas de grupo, con una inicial contratación, que salvo los tres meses que estuvo vinculado con la empresa “A”, siempre ha sido como empleado de la misma entidad C.T.E, consistiendo dicha actividad en trabajos de compra de material y decoración en las empresas y tiendas adscritas al grupo “F”. El contrato del trabajador fue extinguido por parte de C.T.E, por causas económicas y organizativas. La sentencia de instancia, declara improcedente el despido del actor, por considerar que las causas alegadas en la carta de despido efectuado ad cautelam tras un despido previo, no han sido debidamente acreditadas. Parte dicha resolución del hecho constatado de que dicho trabajador prestaba sus servicios de forma indistinta para todas las empresas del grupo empresarial grupo “F”, por lo que debieron aportarse los resultados económicos de la totalidad de todas las empresas vinculadas. La Sentencia de suplicación rechaza el argumento de la sentencia de instancia pues el hecho de que el actor realizara su actividad como decorador en las diferentes tiendas adscritas al grupo “F” encontraba su explicación en que su actividad era precisamente la de atender a tales empresas en las compras de elementos de decoración, colación y mantenimiento, actividad se realizaba bajo la dirección de C.T.E y debidamente facturada por C.T.E.

perteneciente al mismo Grupo. Con fecha 25 de abril de 1989 la empresa “D”, confirmó el nombramiento del actor a partir de 1 de junio 1989. Cuando se encontraba disfrutando vacaciones, recibió telegrama por el que se le requería para que se personase en las oficinas de Bilbao con los bienes propiedad de la Compañía que obrasen en su poder, comunicándole, asimismo que había dejado de prestar servicios para el grupo. El actor carecía de permiso de trabajo en España, permiso que había solicitado la empresa “D” al actor y no le fue entregado, denegado por resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid. El actor presentó demanda de conciliación ante el S.M.A.C., con la empresa “D” y el grupo de empresas, celebrándose el acto, con el resultado de *“intentado sin efecto”*. El actor impugnó el despido, la sentencia de instancia, declara la nulidad del despido del actor, y condena a las empresas codemandadas a que procedan a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido. La sentencia afirma que las empresas demandadas están integradas en el grupo, para el cual ha trabajado D. Jesús. La empresa “D”, es la última para la que había sido destinado –Bilbao– hallándose en vinculación con la empresa “C”, empresa que designó a D. Jesús como director de la Delegación en Bilbao. De modo, estamos en presencia de una prestación indiferenciada de servicios para las distintas empresas del grupo –multinacional-, con sede y destinos en distintos países. Contra dicha la empresa “D” sentencia se presentó recurso de casación por infracción de la ley. Examinado el relato de los hechos probados, el Tribunal confirma que no se está ante un autónomo e independiente contrato de trabajo del demandante con una de las empresas demandadas –empresa “D”- para prestar los servicios en España, sino que se está ante una única relación de servicios que data desde el 1 de enero de 1980, con un grupo de empresas multinacional, que se ajusta a la doctrina del Tribunal sobre los grupos de empresas. El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, al considerar que el contrato de trabajo no es nulo, por denegación del permiso de trabajo en España de D. Jesús, ya que el trabajador presta servicios a un grupo de

empresas con sede en distintos países de la CEE , de modo, que el pacto por el que el trabajador pasaba a prestar servicios en España no es un nuevo contrato, entre aquél y la filial española, sino que constituye un acuerdo novatorio de traslado dentro de esa relación unitaria con el grupo. Consecuencia de ello es que no puede apreciarse la nulidad de ese vínculo por la denegación del permiso de trabajo en España, tal denegación sólo puede contraer el efecto de nulidad a dicho acuerdo de traslado.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1990 (Sentencia número 771/1990). El actor alegó carácter salarior de los servicios prestados para los demandados, con el fin de elaborar el proyecto de constitución de la sociedad que había de denominarse “A”. La parte demandada alega que han sido demandados quienes nunca han tenido la condición de empleadores y, sí la sociedad “A” y, en consecuencia, no existe con los demandados una agrupación o comunidad de bienes que justifique su legitimación pasiva. El Tribunal entendió la *“existencia de una Agrupación de Empresas...con intereses propios y organización autónoma, diferenciada de los elementos que la integran, y receptora, según los términos de la demanda, de los servicios prestados por el actor, reúne las condiciones suficientes para ser empresaria, dada la fórmula amplia del artículo 1.2 del Estatuto, extensiva expresamente a las denominadas «comunidades de bienes”*. El vínculo establecido entre el actor y los demandados, quedaba referenciado a la elaboración por el actor de un proyecto de constitución de una sociedad “A”, relacionada en el llamado pacto para-social. Por tanto, la relación laboral, quedaba dentro del ámbito de organización y dirección de los demandantes y, en consecuencia, se condena a los demandados y no, a la agrupación.
- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 8 de febrero de 2013 (Rec. 6551/2012). En fecha 2 de noviembre de 1990 el actor inició prestación de servicios para la empresa “A”; a partir del 17 de diciembre de 1996 fue subrogado por la empresa “B”; a partir del 1 de enero de 2007 fue subrogado por la empresa “C”, empresa que absorbió a la anterior; esta última empresa

en fecha 14 de mayo 2007 pasó a denominarse “C”. En este caso la Sala concluye que si bien es cierto que el actor ha prestado servicios para varias empresas, no puede apreciarse prestación indiferenciada o confusión de plantilla, cuando lo ha hecho en función de las diversas subrogaciones que se han producido, y en todas ellas, se le han respetado sus derechos como bien acredita que la empresa le haya abonado la indemnización por despido con efectos de la primera empresa para la que comenzó a trabajar, lo que nos obliga a desestimar también el presente motivo. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2012 (Rec. 351/2012), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 26 de junio de 2012²⁹³. En contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) (Rec. 1084/2012). La Sala del Tribunal apreció la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, toda vez que concurrían la confusión de plantilla, la prestación conjunta de servicios para terceros y, “*fundamentalmente*” el reconocimiento la antigüedad de más de 15 años reconocida por la empresa “A” al tiempo en que comenzó a prestar sus servicios ésta. Del relato de los hechos, es obvio, que no ha existido ningún elemento perturbador que haga pensar que ha existido un intento de eludir responsabilidades, más aún, cuando se ha tratado de proteger los derechos del trabajador reconociendo la antigüedad desde sus inicios. Nada dice la sentencia, que la fórmula societaria de las empresas oculte una titularidad empresarial de carácter familiar en beneficio de los intereses individuales de cada uno de los hermanos –los administradores de las dos empresas son

²⁹³ “El hecho de que el actor haya pasado de una empresa a otra no demuestra más que una subrogación contractual, por él aceptada, como así se ha manifestado, y el reconocimiento de antigüedad no es más que un pacto entre las partes, el hecho de que hiciera una auditoria en el Hipermax de Tarragona, cuando prestaba servicios para CTE, nada justifica, pues su función estaba siendo realizada en virtud del contrato suscrito entre ambas empresas...”, de ahí que frente a lo que se postula en el único motivo de recurso no se dan los requisitos exigidos jurisprudencialmente para apreciar grupo de empresas a efectos laborales al no existir unidad de caja ni de plantilla, ni apariencia externa de unidad empresarial”.

hermanos-, pudiendo constituir en caso contrario un abuso del derecho que determinaría la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 (Rec.804/2000). El demandante prestó servicios para “A” en el Aeropuerto de Gran Canaria. El 1 de abril de 1997 “B UTE” se subrogó en los Servicios Auxiliares que venía desempeñando el personal de “A” y en la condición de empleador de dicho personal, en virtud del concurso convocado por el Ente público AENA la cláusula 16 del Pliego de Condiciones establecía la obligación del adjudicatario del concurso de subrogarse en las condiciones legalmente establecidas, del personal que el primer concesionario del *handling* destina a la prestación de este servicio, en igual proporción a la actividad en la que sea sucedido por el segundo operador. El 24 de marzo de 1997 se reúnen “A” y “B UTE” con objeto de abordar la subrogación de personal correspondiente al 30% mínimo establecido en el Pliego de Cláusulas de Explotación. En el mismo día, se reúne “A” con el Comité de Centro de Las Palmas para estudiar el anterior Acuerdo, siendo firmado de mutuo acuerdo de conformidad. A estos efectos, acuerdan que, conforme a lo establecido en los puntos primero y segundo del Acta de 12 de marzo de 1994, el día 1 de abril de 1997, se subrogaron a “B UTE”, 47 trabajadores hasta completar el 30% establecido en dicho Pliego. Las listas definitivas fueron firmadas por la representación de los trabajadores con la salvedad de que entendía que «las reclamaciones de ajustarse a derecho, podrían modificar sustancialmente la lista de afectados», por lo que manifiesta un total desacuerdo con el tratamiento dado. El trabajador demandante figuraba en las listas definitivas y fue subrogado por “B UTE” el 1 de abril de 1997. Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el art. 1205 CC. Lo que significa a su vez que, en el caso de que los trabajadores no acepten la cesión propuesta, se mantiene su relación de trabajo con “A”, sin perjuicio de las facultades de la

empresa de modificación o en su caso extinción del contrato por causas objetivas

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 23 de noviembre de 2005 (Rec. 1453/2005). *“La prestación sucesiva por el actor de servicios para las distintas empresas demandadas tampoco permite predicar su responsabilidad solidaria, no ya solo porque cada prestación de servicios se encuentre cubierta por un contrato de trabajo suscrito entre la concreta sociedad contratante y el trabajador, con sus particulares circunstancias, distintas a los demás contratos, sino también porque como la sentencia se ocupa en repetir tras la descripción de cada contrato no existe en autos constancia de que durante la vigencia de cada uno de estos contratos el trabajador prestara servicios en condiciones distintas a las reseñadas en los mismos, lo que permite excluir la existencia de una prestación indiferenciada de servicios por parte del actor”*.

En definitiva, las sentencias anteriores nos llevan a las siguientes conclusiones:

- La opción de la puesta a disposición de un trabajador contratado por una empresa del grupo en beneficio de otra sociedad del grupo, pero manteniéndose formalmente el contrato sólo con una de ellas. Este caso concreto podría plantear serias dudas de legalidad a la vista de lo previsto en el artículo 43 ET, e incurrir en una cesión ilegal de mano de obra. El precepto prohíbe la puesta a disposición del trabajador para dos o más empresas, solamente podrán efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en la Ley. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo no integra dentro de la cesión ilegal, la circulación de trabajadores entre las diversas empresas que forman parte -real, aunque no formal- del grupo de empresas. El Tribunal entiende que la circulación de trabajadores en el seno del grupo obedece a razones técnicas y organizativas que se derivan de forma natural de la división del trabajo,

siempre y cuando no se produzcan una degradación en las condiciones de trabajo ni pérdidas de las garantías para el trabajador²⁹⁴.

En consecuencia, tal circulación de trabajadores no debe tener efectos trascendentes respecto de sus derechos (antigüedad –computo de todo el tiempo trabajo en el grupo, excedencia voluntaria –solicitar el ingreso en cualesquiera de las empresas del grupo-, despidos colectivos –consideración de la situación económica dentro del contexto del grupo-, etc...), siendo la responsabilidad compartida de las dos empresas, cedente y cesionaria, mientras dure la cesión, en aplicación del apartado 2 del artículo 43 ET²⁹⁵. Por tanto, no debe tratarse como un supuesto de prestación indiferencia de servicio, sin perjuicio, de la responsabilidad plural de las dos empresas durante la comisión de servicios

Ahora bien, en momento alguno la circulación de trabajadores debe perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1999 (Rec. 645/90). Doctrina reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001), Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2005 (Rec. 5208/2004), Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de Julio de 2006 (Rec. 1077/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 (Rec. 2748/2007).

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008 (Rec. 57/2008). *“Tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el art. 43 ET, y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida [«si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión»] y como hemos afirmado en supuestos de cesión ilegal de trabajadores por parte de empresa de trabajo temporal (SSTS 04/07/06 -rec 1077/05-; 03/11/08 -rec 3883/07-; y 17/02/09 -rec 2748/07 -); antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos [retributivos, promocionales e indemnizatorios], por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación -sin solución de continuidad- con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos [art. 3.5 ET]. Máxime cuando con la antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma [en este sentido, SSTS -por ejemplo- de 16/05/05 -rec. 2425/04-; 07/06/05 -rec. 2370/04-; 12/06/08 -rec 2544/07-; y 21/05/08 -rec 4511/06 -], en afirmación jurisprudencial que se ajusta a los términos en que se expresan los arts. 33 y 35 del II Convenio Colectivo del «Grupo Unión Fenosa» [siquiera aludan, todo hay que decirlo, al «ingreso» en la empresa como fecha inicial de cómputo]. Y más claro aún resulta cuando de lo que se trata es de determinar los «niveles de formación y experiencia del empleado» [art. 33 del II Convenio del Grupo], extremo en el que resultaría del todo impresentable que se prescindiese de la experiencia adquirida trabajando en régimen de contrata para la misma empresa, en el mismo puesto de trabajo y con identidad de funciones”.*

trabajo para ocultar al empresario real y eludir responsabilidad o defraudar los derechos del trabajador, ello no quiere decir que, como mecanismo de garantía, no pueda aplicarse analógicamente lo previsto en el artículo 43 ET²⁹⁶, para la protección de los derechos de los trabajadores²⁹⁷.

- La opción de la puesta a disposición de un trabajador contratado por una empresa del grupo en beneficio de otra sociedad del grupo, manteniéndose formalmente el contrato sólo con una de ellas, donde no se puede diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad y, por consiguiente, se produce un único vínculo laboral entre el trabajador, de un lado y de las sociedades del grupo que utilizan conjuntamente sus servicios, de otro. Nos encontramos, ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores²⁹⁸. Es el fenómeno llamado como confusión de plantilla.

La adscripción del trabajador en virtud de su contrato de trabajo no se refiere a una concreta persona, física o jurídica, sino a una empresa, de manera que la relación del trabajador se entabla con quien realmente sea titular de esa empresa. El concepto jurídico de empresa debe corresponder a su realidad económica material, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas. La empresa, entendida en su sentido real y material como conjunto organizado de bienes con sustantividad propia, esto es, como una cosa compleja, que excede el valor por separado de sus componentes gracias a su organización productiva y su imagen de mercado, es un objeto jurídico que puede ser

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997).

²⁹⁷ RAMOS QUINTANA, M.I (2015), ob. cit., p. 69. "Sin embargo(...)la sentencia no acompaña calificación jurídica de los efectos laborales sancionadores del precepto(...)-art. 43 ET"

²⁹⁸ Argumentación contemplada en las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 1978 (Rec. 733/1978), de 06 de mayo de 1981 (Sentencia 800/1981) y de 08 de octubre de 1987 (Sentencia número 1833/1987), Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de diciembre de 1991 (Rec. 688/1990) al considerar al grupo como una única persona jurídica para la cual el trabajador presta servicios.

propiedad de uno o de varios sujetos²⁹⁹. Puede darse la posibilidad de que en un contrato de trabajo pueda existir una pluralidad de sujetos en la posición jurídica de cada una de las partes, pero el grupo en ningún caso asumirá la condición de empresario. Debe de quedar claro que el grupo no puede ser empresario, pues el grupo, como ente no tiene atribuida personalidad jurídica, en todo caso lo que hay es una relación laboral o varias relaciones laborales con varias o con todas las empresas del grupo, determinante de una posición de pluralidad empresarial y, por tanto, de una responsabilidad solidaria de todas las empresas que han recibido la prestación de servicios³⁰⁰. Donde el dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario, sino la unidad de la prestación de servicios realizada por el trabajador³⁰¹.

- La celebración de sucesivos contratos con cada una de las empresas, con extinción de los anteriores, responde a una construcción fraudulenta destinada a reducir los derechos del trabajador o no³⁰². En estos supuestos, se debe analizar si la extinción de la relación laboral inicial, seguida de la nueva

²⁹⁹ Por ejemplo, la existencia de sociedades que por sí solas no son verdaderas empresas en el sentido jurídico laboral, pero han integrado su actividad con otras personas físicas o jurídicas por cualquier título, constituyendo una verdadera empresa.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2012). “...la “dirección unitaria” de las tres sociedades demandadas que se ha descrito, constituye, en realidad la “organización y dirección” a que alude el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al “empleador o empresario”, o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo...”.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2018 (Rec. 168/2017).

³⁰² Por ejemplo, la pérdida de antigüedad o pérdida de derechos con ella vinculada –ascensos, promociones-. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 19 de septiembre de 2003 (Rec. 3748/2003). “Tampoco aceptamos que la antigüedad computable no sea la del primer contrato, porque con independencia del defecto que suponer que la censura no alcance al art. 51.a ET, que es el que en todo habría de entenderse conculcado, lo cierto y verdad es que apreciada la existencia del grupo de empresas y la fraudulenta contratación, la circunstancia de que entre el primer contrato y el segundo medien diecisiete días no ha de constituir obstáculo para apreciar práctica continuidad en los servicios prestados para el grupo y en que los mismos sean computables a los efectos indemnizatorios, aplicando doctrina jurisprudencial que muy recientemente -sentencia de 11/09/03 R. 3704/03- invocábamos”.

contratación supone una renuncia a derechos indisponibles, prohibido por el art. 3.5 ET. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de marzo de 2012 (Rec. 1661/2011). Con fecha 24 de enero de 2.006 el demandante inició su relación laboral con la empresa "A". Con fecha 7 de abril de 2.009 se extingue su relación laboral, por circunstancias económicas, figurando como contratado para "B" desde el 8 de abril de 2.009, aunque no consta que firmara ningún contrato con esta empresa. El trabajador prestó servicios sucesivamente y sin solución de continuidad para la empresa "A" y posteriormente para la empresa "B", percibiendo sus salarios indistintamente de estas dos empresas y de las empresas "C" y "D" pertenecientes al mismo grupo empresarial. La Sala concluye que la contratación del actor tuvo como única finalidad reducir la indemnización que le correspondía en caso de cese en la empresa, calificando su contratación de fraudulenta y el cese como improcedente. Debiendo computar la antigüedad desde el 24 de enero de 2.006 y, declarando la responsabilidad solidaria en el pago de la indemnización y salarios de tramitación³⁰³.

- La movilidad dentro del grupo se produce mediante la suspensión del contrato inicial para la suscripción de un nuevo, bien a través de una excedencia³⁰⁴ o, la suspensión del contrato por mutuo acuerdo entre las partes o prevista en el convenio colectivo aplicable³⁰⁵, para suscribir otro/s con otra/s empresas del

³⁰³ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28 de marzo de 2000 (Rec. 5808/1999). *"...ha existido prestación de servicios sucesiva y simultánea para varias de ellas, de modo que desde el comienzo de la relación ha de tenerse en cuenta respecto de la antigüedad y con arreglo a esta ha de fijarse la indemnización"*.

³⁰⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de junio de 2002 (Rec. 2469/1999), entendió que la opción de ingreso tras el periodo de excedencia debe poder satisfacer en cualquiera de las empresas del grupo, dado que había vacantes en otra empresa con lo que la suya y otra tercera formaban una unidad empresarial.

³⁰⁵ Se produce una suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes para suscribir otro/s con otra/s empresas del grupo. En consecuencia, el trabajador tendría derecho a retornar a la empresa y al puesto de trabajo, toda vez que no se pueden disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo o disposiciones legales, para firmar condiciones laborales inferiores a las que venía disfrutaban.

grupo. Toda vez que no se pueden disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo³⁰⁶ o disposiciones legales, para firmar condiciones laborales inferiores a las que venían disfrutando con anterioridad, encubriendo estrategias de carácter fraudulento o de ejercicio abusivo de la dirección unitaria. Por ejemplo, cuando la contratación tiene como única finalidad reducir drásticamente la antigüedad del trabajador, por lo que no estaría justificada la contratación para cesarle en un breve periodo de tiempo a través de un despido objetivo o, bajo la apariencia de un nuevo y válido contrato de trabajo entre el trabajador y una de las empresas del grupo, respetando el salario y la antigüedad del trabajador, se pretende formalizar una nueva relación jurídica con vista a no aplicar el convenio aplicable de la nueva empresa³⁰⁷. En definitiva, cuando lo que se ha producido con la sucesión de contratos es una dispersión o elusión de las responsabilidades laborales o, en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente en cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores y que, por tanto, existe una prestación de servicios indiferenciadas, con pluralidad empresarial y responsabilidad solidaria de todas las sociedades que han encontrado con el trabajador.

Sin embargo, las consecuencias son distintas cuando el ámbito funcional del grupo se proyecta sobre cualquier otro aspecto de la relación laboral. Así, por ejemplo, a efectos de establecer su duración para computar la indemnización aplicable a efectos retributivos, promocionales e indemnizatorios, se tendrán en consideración los años de trabajo por cuenta ajena del mismo empleador,

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2003 (Rec. 574/2002). “...bajo la apariencia de un nuevo y válido contrato de trabajo celebrado entre el actor y una de las empresas del grupo, por el que se respetaba el salario y la antigüedad del trabajador, se ha pretendido formalizar una nueva relación jurídico-contractual con vista a no aplicar el convenio colectivo de la empresa demandada, el cual prevé en su artículo 42.2 una indemnización para aquellos cambios de destino que no impliquen al trabajador un cambio de residencia, y sin especificar si éstos cambios de destino han de ser necesariamente forzosos, esto es a iniciativa de la empresa, o pactados”.

sin que sea relevante en que una parte de los servicios se prestara bajo cobertura formal de un contrato administrativo, porque en estas permanece el trabajo por cuenta ajena del mismo empleador³⁰⁸. Con la excepción de una relación ordinaria seguida de otra de alta dirección y de nuevo otra relación ordinaria. De acuerdo con el apartado 1 y 2 de artículo 9 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, dispone que cuando se trate de una promoción interna en que un trabajador vinculado a una empresa por una relación laboral común, promocionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa o en otras que mantuviese con ella relaciones de grupo, en caso de no existir en el contrato especificación expresa si la nueva relación especial sustituye a la común, se entenderá que la relación laboral común queda suspendida. Al igual que, si se optase por la sustitución de la relación común laboral por la especial, *“tal renovación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio”*.

Para estos casos la jurisprudencia ha resuelto que no deben computarse el periodo de tiempo en el que desarrolladas actividades de alta dirección *“dado que los posibles daños y perjuicios que el cese en el alto cargo puede causar al trabajador, han de ser indemnizados, sea por aplicación de las normas generales, ya por vía de pacto -denominado usualmente de “blindaje”- que usualmente figura en estos tipos de contrato de alta dirección”*³⁰⁹. Resta por examinar qué efectos produce la extinción de la relación laboral especial, por despido improcedente, sobre la relación ordinaria hasta ese momento en suspenso. A este respecto hay que señalar que el artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985 dispone que *“en caso de simple suspensión de la relación laboral*

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 03 de mayo de 1990 (Rec. 674/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2001 (Rec. 3195/2000).

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2003 (Rec. 597/2002). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 (Rec. 4348/2006).

común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá opción a reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puede tener derecho a resultas de dicha extinción”, no concediendo el precepto la opción al trabajador entre reanudar la relación laboral común o la extinción del contrato con abono de la indemnización correspondiente, solamente la posibilidad de reanudar la relación laboral común que hasta ese momento se encontraba suspendida.

Por aplicación analógica, cuando un trabajador vinculado con una empresa con una relación laboral común, hubiese suspendido un contrato con celebración de otro nuevo contrato dentro del grupo, a efecto de fijar la cuantía de la indemnización, correspondiente por despido en la relación ordinaria, los años que desempeño la actividad en la segunda empresa, fue indemnizado por los posibles daños y perjuicios que supuso el cese del trabajador, en buena lógica, no debe ser tenido en cuenta la antigüedad a la hora de calcular el tiempo de servicios prestado para la otra empresa del grupo, pues en caso contrario, sería indemnizados dos veces.

- La movilidad del grupo puede instrumentalizarse por medio de un acuerdo novatorio dentro del contrato del grupo, a través del cual se modifica la persona del empleador. En este caso, se mantiene el contrato de origen y el nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones laborales, lo que incluye el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos³¹⁰. Los fenómenos de circulación dentro del grupo *“no suelen perseguir la finalidad de*

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011 (Rec. 1334/2011). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 8 de febrero de 2013 (Rec. 6551/2012). Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/200). *“...antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación -sin solución de continuidad- con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET). Máxime cuando con la antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma (en este sentido, SSTs -por ejemplo- de 16/05/05 -rec. 2425/; 07/06/05 -rec. 2370/04; 12/06/08 -rec 2544/07; y 21/05/08 -rec 4511/06)”.*

*crear un mecanismo interpositorio en el contrato para ocultar el empresario real*³¹¹, en este caso, que la cesión sea calificada de lícita, no equivale a un fenómeno de asunción de pluralidad de la posición empresarial por todos o algunas empresas del grupo, cuando se ha producido una modificación del sujeto empleador, con el consentimiento del trabajador³¹². En el caso que, la cesión sea calificada de ilícita que, puedan derivar de operaciones mercantiles de carácter irregular o fraudulento entre las diferentes sociedades del grupo - creación de empresas ficticias o aparentes sin sustrato legal, descapitalización-, igualmente debe reconocérsele al trabajador la antigüedad, desde que entró a formar parte de cualesquiera de las empresas que conforman el grupo.

La falta de consentimiento del trabajador para prestar sus servicios en otra empresa del grupo, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, es razón suficiente, para que se le reconozca al trabajador su condición de fijo en cualquiera de las dos empresas, apartado 4 del artículo 43 ET. Más aún, aunque el trabajador no haya prestado su consentimiento, no justificaría la resolución del contrato a instancias de la letra c) del artículo 50 ET por incumplimiento contractual si, en la empresa cesionaria el trabajador tiene las mismas condiciones que en la empresa cedente. Ni puede justificarse un menoscabo en la dignidad de la persona por cambio del destinatario real de la prestación y solicitar una extinción del contrato articulado en la letra a) del artículo 50 ET, si se continúa realizando el mismo trabajo, en la misma localidad y con idéntica retribución. En esta situación, se aplicarían por analogía las garantías de la cesión de trabajadores del apartado 3 artículo 43 ET y permitiría al trabajador poner fin a la comisión de servicios,

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990).

³¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 (Rec. 2518/2004). “...sosteniendo en síntesis que no estamos ante una sucesión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la transferencia de la empresa “A” a “B” constituye una novación subjetiva del contrato de trabajo que requería el consentimiento del trabajador”.

pero no justificaría la resolución del contrato de conformidad con el artículo 50 ET³¹³. Dicho lo cual, la circulación de trabajadores en el grupo de empresas es lícita, siempre y cuando no persigan una finalidad fraudulenta, haya sido consentida por el trabajador o prevista en el convenio colectivo y no provoque un menoscabo en los derechos de los trabajadores. Ante tal situación, al tratarse de una cesión de trabajadores, se deberá aplicarse por analogía las garantías prevista en el artículo 43 ET para el caso de cesión de trabajadores³¹⁴.

- No se dé una actuación conjunta de las empresas, salvo esa episódica cesión. Se trata de la prestación de servicios en el marco de empresas normalmente relacionadas entre sí por su pertenencia a un grupo empresarial, por lo que no cabría establecer responsabilidad laboral del grupo. Está es una práctica habitual lícita en el grupo de empresas, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador. En este supuesto, la circulación de trabajadores en el seno del grupo no constituye un elemento adicional definitorio de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, más bien, es determinante de una posición de pluralidad empresarial y, por tanto, de una responsabilidad solidaria de todas las empresas que han recibido la prestación de servicios. No habiendo consecuencias jurídicas respecto del resto de empresas que forman parte del grupo empresarial.

³¹³ En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990). *“Es cierto que, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador. Pero el hecho de que en el presente caso no se haya contado con su consentimiento, aunque podría fundamentar una acción dirigida a poner fin a la comisión, no justifica la resolución del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”*.

³¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2005 (Rec. 2691/2005). *“La defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTs 26/11/90 (rec. 645/90); 30/06/93 (rec. 720/92); 26/01/98 (rec. 2365/1997); 21/12/00 (rec. 4383/1999); 26/09/01 (rec. 558/2001); 23/01/02 (rec. 1759/2001); y 04/04/02 (rec. 3045/2001)”*.

- Puede ocurrir que la prestación de servicios a favor de las distintas empresas del grupo, responde a una única situación económica y organizativa, en la que en realidad se actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente. Hay que pensar, que la prestación de servicios a favor de las distintas empresas del grupo es determinante de una situación de pluralidad empresarial y no, de extensión de responsabilidad. Dicho de otro modo, dada una determinada actuación empresarial, las obligaciones y responsabilidades, pueden ser atribuidas al grupo de empresas en su conjunto o a varias empresas del mismo, pero nunca se producirá una extensión de responsabilidad generalizada por producirse una prestación de servicios a favor de una las empresas del grupo.

En realidad, nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora la presencia de una serie de circunstancias³¹⁵, lo que en definitiva, permite una valoración del grupo frente al punto de referencia tradicionalmente ligado al principio de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada empresa integrante del grupo y, por tanto, se concluye la comunicación de responsabilidad, con técnicas que nos acercan a la teoría del levantamiento del velo³¹⁶.

Sin embargo, las consecuencias van más allá de las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria enmarcadas en el terreno de la ocultación o fraude que, hasta la fecha es el criterio establecido por la jurisprudencia, diferenciar entre el *“inocuo –a efectos laborales– ‘grupo de sociedades’ y la trascendente –hablamos de*

³¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de Octubre de 1990 (Rec. 953/1989) *“...las tres sociedades mencionadas desarrollan su actividad en el mismo centro de trabajo, una nave en la que cada una de ellas tenía asignada lo que se venía denominando una sección, entre las que se intercambiaban trabajo personal y maquinaria, siendo comunes para las tres los Jefes de personal y de producción y otros puestos directivos y técnicos, de tal modo que, aunque los actores fueron contratados para prestar servicios en una u otra de las sociedades, lo hacían indistintamente en las diferentes secciones del centro de trabajo destinadas a cada una de ellas, habiendo incluso alguno que ha figurado sucesivamente en la plantilla de las tres, todo lo cual significa que se trata en realidad de una sola empresa...”*.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001).

*responsabilidad- empresa de grupo*³¹⁷. Quiere esto decir que, el reconocimiento de una posición empresarial común, patente en el solo dato de la constatación de la gestión de personal queda proyectado sobre cualquier otro aspecto de la relación laboral, no reservándose la transcendencia del grupo solamente cuando responde a una actuación con finalidad defraudatoria. Lo que admite que puedan darse supuestos de prestación de servicios, donde este dato no constituirá un elemento adicional definitorio de la responsabilidad solidaria laboral de las empresas de grupo y, considerar que a través de estas formas de actuación tiene las sociedades afectadas del grupo la condición empleador y, por tanto, ámbito funcional unitario donde valorar las relaciones laborales –por ejemplo la condición de trabajadores fijos para aquellos que de forma sucesiva hubieran estado contratado para el grupo de empresas mediante dos o más contratos temporales, art. 15.5 ET, incentivos a la contratación cuando se trata de contrataciones realizadas con trabajadores que en los 24 meses anteriores ya hubieran prestado servicios en contrato indefinido para el grupo de empresas, art. 6.1.c de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, promoción interna para actividades directivas dentro de grupo empresarial, art. 9 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

1.2 El encadenamiento de contratos

A efectos de prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, la cláusula 5ª del Acuerdo marco europeo sobre el trabajo de duración determinada de la Directiva 1990/70 establece los Estados miembros que no cuenten con medidas legales para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinadas, de introducir una o varias de las siguientes medidas: *“a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos*

³¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014). Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2017 (Rec. 115/2017).

de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

Los Estados miembros tenían que poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a los establecido en dicha Directiva a más tardar el 10 de julio de 2001.

1.2.1 El art. 15.5 et y su aplicación al grupo de empresas

Como consecuencia de la transposición de la Directiva Europea, entra en vigor el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, por el que se regula la contratación temporal, siendo con el objetivo prioritario de reducir la temporalidad.

A través del Decreto Ley que precede, se presenta la Ley 43/2006, de 29 de diciembre que incluye en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, una limitación temporal para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir un grupo de empresa con un trabajador.

Esta Ley es el origen del actual apartado 5 del art. 15 ET, el cual establece que *“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.*

Inicialmente, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre decía *“para el mismo puesto de trabajo”*, por lo que la conversión no se producía si los supuestos de encadenamiento de contratos temporales de obra o servicio y/o eventuales se suscribían para puestos de trabajo diferentes. Así pues, el Real Decreto 10/2010 de 16 de junio de 2010, introdujo un cambio en la norma determinando que dicha conversión actúa sobre contratos para un *“mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas”*. Los cambios normativos operados en la redacción del art. 15.5 ET habían obligado a distinguir distintos periodos, conforme a la Disposición transitoria

quinta del ET: a) contratos suscritos por el trabajador antes de 15 de junio de 2006, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo señalado, se ha de tomar en consideración el vigente a 15 de junio de 2006, dentro de las modalidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma; b) los contratos suscritos a partir del 15 de junio de 2006 y antes del 18 de junio de 2010, se rigen por lo dispuesto en el 15.5 según la redacción de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, debiéndose aplicar la norma a *“los contratos celebrados conforme a la normativa anterior y que sean válidos conforme a ella sigan surtiendo todos sus efectos con las limitaciones que la nueva norma imponga a partir de esta”* —Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 (Rec. 1994/2013)—; y c) para los contratos suscritos por el trabajador a partir del 18 de junio de 2010, será de aplicación el art. 15.5 ET actual. Hay que tener en cuenta la cuestión referida al cómputo del período comprendido entre 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, dado que en esos 16 meses la norma permaneció suspendida y, por tanto, debía excluirse del mismo (art. 15 del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, entraba en vigor el 31 de agosto de 2011 y art. 17 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

La finalidad es introducir un criterio objetivo para convertir en indefinida una relación laboral mantenida mediante una sucesión de contratos que se consideran válidos desde un punto de vista causal, por responder a necesidades temporales de la empresa. Por mucho que las causas de la contratación sean objetivamente lícitas y que, incluso, hayan variado, dando lugar a diversos contratos temporales, si la empresa durante 2 años ha necesitado de los servicios del trabajador, puede entenderse que el trabajo realizado es objetivamente estable y permanente y requiere un contrato indefinido.

La conversión se produce *ex lege*, a partir del momento en que se supera el tiempo fijado, sin necesidad de acreditar el carácter fraudulento o abusivo de la actuación

empresarial, tan solo se trata de prevenir el encadenamiento de sucesivos contratos de duración determinada y consolidar el llamamiento sucesivo del trabajador para la realización de las mismas o diferentes tareas, tras superar el umbral de tiempo fijado por la norma³¹⁸. No se entra a valorar la validez del objeto de los distintos contratos sucesivamente formalizados y la adecuación a los mismos de los servicios prestados, la cuestión es algo más simple, *“cuál es la constatación de los sucesivos y numerosos contratos concertados, su objetivo respectivo y sobre todo el cómputo de los periodos prestados, con o sin solución de continuidad, a los efectos de dilucidar si tienen o no encaje en el supuesto de hecho el art. 15.5 ET”*³¹⁹.

1.2.1.1 *El grupo de empresas como ámbito de la relación laboral*

En los grupos de empresas el trabajador puede circular entre las distintas sociedades que integran el grupo mediante sucesivos contratos con cada una de ellas. Ante la ausencia de una normativa expresa que regule los traslados de trabajadores entre las empresas del grupo, la jurisprudencia ha entendido que, aunque cada empresa actúe de forma autónoma, la cesión de trabajadores entre las distintas empresas de grupo se ha considerado lícita. La cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43 ET sólo surgirá si se persigue evitar que el trabajador alcance la fijeza en su relación laboral a través de la fórmula de ser contratado cada vez por una empresa distinta del grupo; se está dentro de la licitud de la movilidad cuando obedece a razones técnicas y organizativas que se derivan de forma natural de la división de trabajo³²⁰.

³¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 2461/2010). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de mayo de 2012 (Rec. 188/2012). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 25 de julio de 2013 (Rec. 423/2013). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 2461/2010).

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 02 de noviembre de 2011 (Rec.552/2010).

³²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1999 (Rec. 645/90). Doctrina reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001), Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2005 (Rec. 5208/2004), Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de Julio de

En este último caso, el grupo de empresas queda conformado como el ámbito funcional unitario donde valorar determinadas conductas y aplicar ciertas reglas. Bajo tales circunstancias adquiere especial relevancia la exigibilidad de una norma que regule las sucesivas contrataciones de trabajadores entre las sociedades integrantes del grupo y evitar ese peregrinaje del trabajador entre las distintas empresas sin solución de continuidad. Todo lo cual tiene efectos significativos en el principio de estabilidad de empleo.

En determinados supuestos se impone legalmente el carácter indefinido del contrato de trabajo por reiteración de la contratación temporal más allá de lo considerado razonable y así lo establece el art. 15.5 ET, *“sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*.

La actual configuración del apartado 5 del art. 15 ET ha quedado conformada sobre la base del principio de estabilidad del empleo, el de protección del trabajador y el principio de irrenunciabilidad de derechos indisponibles quedando fuera de la normativa los contratos temporales que se mantienen en el tiempo. No se exige que los contratos temporales que generen el derecho al carácter indefinido del contrato sean fraudulentos, ni que cubran una necesidad permanente de las empresas, sino que la celebración de contratos temporales sea sucesiva en un periodo de tiempo, lo que privaría de temporalidad a su contratación. De hecho, si existen elementos de fraude

2006 (Rec. 1077/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 (Rec. 2748/2007).

en la contratación temporal deberá aplicarse el art. 15.3 ET, como mecanismo sancionador, declarando la relación indefinida cuando el contrato de trabajo da cobertura a una contratación no temporal³²¹, pero este no es el caso del art. 15.5 ET.

La cuestión es si la previsión normativa está prevista para los grupos de empresas laborales. La cuestión es si la transformación del contrato temporal en contrato indefinido previsto en el art. 15.5 ET es ampliable a los grupos de empresas laborales.

Sobre esta cuestión, SEMPERE NAVARRO³²², ha entendido que “parece razonable trasladar los consolidados criterios jurisprudenciales para que la figura posea transcendencia a efectos laborales. No basta con la concurrencia de la figura entendida desde la óptica del Derecho Mercantil para que surja la garantista construcción del empleador único, sino que deben darse determinadas características especiales... en esos casos procede el levantamiento del velo incluso respecto de personas físicas. La mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas del grupo no determina la responsabilidad solidaria de cada una de las sociedades que la integran. Tampoco surge la responsabilidad inherente al grupo de empresas por el mero dato de que el administrador único de una mercantil sea representante legal de otra”. MATORRA DÍAZ-CANEJA³²³ diferencia dos escenarios: a) los supuestos en los que el grupo o varias sociedades del grupo se comportan como empresario único ante una relación laboral unitaria, no sólo desde el punto de vista subjetivo, sino también objetivo, al margen de formalismos, debe apreciarse la cadena contractual y se aplicarán “con normalidad y comodidad las reglas previstas en el art. 15.5 ET (y no sólo el 15.3 ET)”; y b) respecto de aquellos casos en los que las sociedades del grupo

³²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1999 (Rec. 818/1997). “Cuando consta que en la ejecución del contrato las funciones desarrolladas no se han atendido a la obra o servicio determinado que se fijó como objeto de aquél, sino que han consistido en la realización de actividades normales y permanentes del organismo demandado, la relación laboral concertada ha de considerarse indefinida”.

³²² SEMPERE NAVARRO, A.V (2011), “Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9/2011. Página 2. BIB 2010/2501. En el mismo sentido HIERRO HIERRO, F.J (2010). “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado art. 15.5 ET (II)”. Pág. 2. BIB 2010/7072.

³²³ MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. (2007). “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 18. BIB 2007/2512.

deben considerarse autónomas a efectos laborales, acudiendo a los criterios jurisprudenciales consolidados sobre empresario único o real en el marco de grupos de empresas. Como regla general, no se sumarían los períodos de ocupación sucesiva en las distintas sociedades a efectos de entender la conversión del art. 15.5 ET (siendo indiferente, a estos efectos, el carácter lícito o ilícito de los contratos sucesivamente formalizados) y, como excepción, en los supuestos de cambio de adscripción formal arbitraria o fraudulenta con el fin de eludir la aplicación del art. 15.5 ET.

Los pronunciamientos judiciales han sido escasos y contradictorios. Entre ellos puede mencionarse la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 1596/2015) que entiende que “no obsta a dicha conclusión el hecho de que el grupo “A” no sea grupo de empresas a los efectos laborales o “patológico” pues la norma convencional que ahora se analiza (artículo 14), únicamente se refiere al concepto “grupo de empresa”, por lo que la mejora pactada por los negociadores debe entenderse referida a la prestación de servicios para las empresas de un grupo mercantil o puramente estratégico ya que, de existir un grupo de empresas “patológico” no hubiera hecho falta incluir dicha previsión en el convenio colectivo pues la natural consecuencia de ello no sería otra que, precisamente, la de computar la prestación de servicios en las empresas del grupo a efectos laborales”. En contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de julio de 2011 (Rec. 2846/2011). La actora invoca que los servicios laborales prestados para las diferentes empresas se deben de sumar a efectos de entender la conversión del art. 15.5 ET. El Tribunal entiende que no se da la existencia del hecho subrogatorio, ni tampoco unidad de empresa que pretende vincular a la coincidencia en la persona de la Administración de todas ellas. Para ello, requiere la presencia de elementos adicionales para el reconocimiento del grupo a efectos laborales, no siendo suficiente la mera presencia de administradores o accionistas comunes, o de una dirección comercial común.

En mi opinión, lo que este precepto prohíbe el art.15.5 ET³²⁴ es una conducta objetiva, una utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, que no requiere ánimo fraudulento; basta con que en un plazo se contraten trabajadores en distintas empresas del grupo.

En el caso de los grupos de empresas laborales pueden darse los siguientes escenarios:

a) Los trabajadores de una sociedad integrada dentro de un grupo de empresas laboral prestan sus servicios a varias empresas del mismo, sin la celebración de un nuevo contrato con la empresa que recibe el contrato.

La sociedad primera que contrata con el trabajador lo cede a otra segunda sociedad, que utiliza sus servicios sin incorporarlo a la plantilla y sin mediar contrato. En este contexto, se ha celebrado un único contrato y la previsión de la normativa del art. 15 ET prevé limitar el encadenamiento de contratos temporales, situación que no se produce si se ha concertado uno solo. Lo que no impide, en estos casos que el trabajador pase a prestar servicios para las diversas empresas del grupo. Se distinguen dos supuestos:

- 1) Cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir obligaciones. En estos casos, la puesta a disposición del trabajador entre las distintas sociedades del grupo, se consideraría una manifestación lícita propia del art. 43 ET, siempre y cuando, la movilidad responda a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo.

³²⁴ Lo que no impide priorizar en los grupos de empresas a efectos laborales los criterios jurisprudenciales a la hora de establecer consecuencias jurídico-laborales de los vínculos societarios existente entre ellas, para contrarrestar los perjuicios que objetivamente se pueden causar al trabajador, por vía analógica, de la responsabilidad solidaria del art. 43 ET, previa a la aplicabilidad del art. 15.5 ET. De ahí que, el art. 15.5 ET, empiece hablando en el apartado, “*sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3...*”.

- 2) Cuestión distinta es la constitución de una empresa aparente con el fin de suministrar trabajadores a la empresa que realmente tiene una función productiva, todo ello con la finalidad de constituir un centro artificial de imputación de normas sectoriales o para eludir la aplicación de normas laborales imperativas. De acuerdo con esta distinción, el Tribunal Supremo acepta la cesión de trabajadores dentro de grupo siempre y cuando no sea fraudulenta. En tales casos el Tribunal Supremo establece la aplicación de las garantías contractuales de previstas en el art. 43 ET, es decir, la aplicación de la responsabilidad solidaria de los dos empresarios -cedente y cesionario- y, el derecho de los trabajadores afectados a adquirir la condición de fijos a su elección, en cualquiera de las dos empresas³²⁵.
- b) La formalización de contratos sucesivos con distintas empresas del grupo, acompañada o no de pactos de suspensión de la relación precedente.
- 1) Sucesión de contratos fraudulentos, art. 15.3 ET. Si, los sucesivos contratos suscritos por el trabajador para las distintas empresas del grupo carecieran de causa o justificación y tan solo pretendieran evitar que el trabajador consolide sus derechos, y solamente en estos casos, el mandato del art. 15.3 ET es imperativo a la fijeza del contrato. La norma sancionada la huida del derecho aplicando la norma que se pretendía evitar cuando las razones que justifican la renovación de tales contratos no traen causas que permitan acudir a la contratación determinada, convirtiéndose el grupo de empresas en el ámbito funcional de las relaciones laborales.
- 2) Sucesión de contratos, art. 15.5 ET. La prestación de servicios entre las distintas empresas de los grupos responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo, pero la utilización de servicios comunes entre empresas del mismo grupo lo único que se persigue es

³²⁵Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2001 (Rec. 2142/2000).

utilizar la máxima capacidad operativa de los bienes existentes dentro del grupo y, encontrar la estructura idónea para maximizar beneficios. En todo momento, está en el interés del grupo de empresas el mantenimiento de la independencia jurídica de sus miembros, sin perjuicio de las garantías y control que procedan. El grupo no es una unidad económica, ni empresarial³²⁶ y, por tanto, las relaciones laborales formalizadas y mantenidas por otras con el mismo trabajador, deben considerarse independientes y rota la cadena contractual al producirse el pase a otra sociedad del grupo.

En este caso, la sucesión de contratos con las diversas empresas del grupo tiene un inconveniente para el trabajador, puesto que no tiene derecho a retornar a las empresas en caso de extinguirse el segundo contrato y no se le reconocerá, salvo pacto en contrario, la antigüedad y los demás derechos adquiridos en la primera empresa. En principio no es un fenómeno prohibido por Ley, siempre y cuando no se utilice la movilidad dentro del grupo para reducir los derechos de los trabajadores, de manera que si dicho contrato responde a una finalidad fraudulenta habrá que considerar existente una única relación laboral con la primera y segunda empresa³²⁷, que responderán frente al trabajador de forma

³²⁶ Todo lo contrario que el grupo de empresas mercantil, caracterizado por dos elementos; a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial como en el organizativo; y b) la unidad económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, bien sea en términos de control -grupos verticales o de subordinación- bien en los de absoluta paridad -grupos horizontales o de coordinación.

³²⁷ A veces, con independencia de que en todos aquellos contratos temporales a su término se suscribiera un documento de saldo y finiquito como medio de acreditar la finalización del contrato, no tiene el carácter liberatorio y extintivo la suscripción del finiquito entre los distintos actos contractuales cuando se produce una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos. Conviene resaltar que dicho documento liquidatorio hace referencia a la finalización de un contrato de trabajo temporal que viene vinculando a las partes y que, en ocasiones, la prolongada contratación sin solución de continuidad se revela como una relación de carácter indefinido y su condición de fijeza es irrenunciable, según el art. 3.5 ET, por afectar a un derecho indisponible por el trabajador, como es la conversión en indefinido, incluida en el art. 15.5 ET. Esto no es óbice para que la terminación de la relación vaya acompañada del abono de la indemnización para el despido improcedente, reconociendo el valor liberatorio del finiquito en este caso, pues lo que el derecho reconoce en una norma de derecho necesario, no puede ser desconocido por las partes. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993 (Rec.795/1992) y la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000 (Rec. 663/2000).

solidaria, prevista en el art. 43 ET. En consecuencia, mientras subsista el comportamiento ilícito, podrán optar los trabajadores por permanecer como fijos en la empresa cesionario o en la cedente, incluso antes de rebasar el umbral legal de 24 meses de ocupación acumulada. Lo que contempla el art. 43 ET es un comportamiento ilícito que queda extramuros del art. 15.5 ET.

La circulación de trabajadores en el seno de grupo se ha convertido en una práctica lícita, siempre y cuando, no respondan a una finalidad fraudulenta. Se suscita la duda de si cuando se produce una cesión permanente mediante el correspondiente acuerdo novatorio ¿habría que entender que se ha producido una nueva contratación en la empresa de destino? En mi opinión no. En tales casos existe un único contrato de trabajo que no se ha extinguido. La nueva empresa que recibe el trabajador se subroga en la posición de la anterior, asumiendo el conjunto de obligaciones laborales que a ésta le correspondía frente al trabajador. De modo, que desaparece cualquier vínculo que pudiera derivar de su pertenencia al grupo y, en consecuencia, no aplicaría el art. 15.5 ET.

La norma exige que la nueva empresa incorpore al trabajador a su plantilla, asumiendo el conjunto de obligaciones laborales que a ésta le corresponde frente al trabajador y la extinción del contrato anterior. Así, cuando el art. 15.5 ET regula los supuestos de sucesión de contratos laborales celebrados se refiere, en todo momento, a contrataciones existentes entre el trabajador y empresas integradas en el grupo de empresas mercantil ya que, de haber incluido también el concepto de grupo de empresas a efectos laborales, hubiera hecho falta incluir dicha previsión en la norma. En cambio, en el ámbito de las sociedades capitalistas, ha de entenderse que la constitución de un grupo requería la aceptación del correspondiente contrato por las sociedades afectadas.

A falta de un concepto general de grupo en el ámbito de las relaciones laborales, los criterios que aquí resultan relevantes, a la hora de aplicación del

concepto de grupo de empresas, son estrictamente económicos y mercantiles. La doctrina jurisprudencial³²⁸ define el grupo como el integrado por el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica. Concurren dos elementos: *“a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial -mantienen la titularidad del patrimonio- cuanto en el organizativo -se estructuran por sus propios órganos-; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras -política empresarial común-, bien sea en términos de control -grupos verticales o de subordinación- bien en los de absoluta paridad -grupos horizontales o de coordinación-”*³²⁹. El elemento fundamental es la dirección unitaria. Para la doctrina mercantilista *“no basta la simple situación de control, derivada de la titularidad de acciones o participaciones y la identidad de los miembros de órganos de administración, sino que es preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva, imponiendo una política empresarial común”*³³⁰. Pero en el campo del Derecho del Trabajo, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluye la exigencia del ejercicio de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario, que es el concepto que sigue el art. 42 CC, al entender que una sociedad es dominante de otra cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración.

En consecuencia, cuando la norma habla de grupos de empresas no se refiere a grupos de empresas con finalidades fraudulentas o abusivas, la norma indicada obedece a la circunstancia puramente objetiva de haber rebasado el límite

³²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2015 (Rec. 1/2015).

³²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

³³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

máximo de temporalidad marcado en ellas, sin que sea necesaria la existencia de ánimo defraudatorio por parte de la empresa. Y es que no hay que olvidar que el grupo de empresas en ocasiones se convierte en el ámbito funcional unitario donde valorar la relación laboral del trabajador y aplicar las normas. Más allá, de la búsqueda constante de un entramado de empresas fraudulentos.

1.2.2 Requisitos al encadenamiento de contratos

Para que opere la garantía del art. 15.5 ET se requieren dos elementos: a) uno cuantitativo -conurrencia como mínimo, de dos contrataciones; y b) otro, cualitativo -contrataciones realizadas bajo determinadas modalidades con exclusión de otras-.

a) Requisito cuantitativo.

Adquieren la condición de fijos los trabajadores que, en un período de 30 meses, son contratados para desempeñar el mismo o diferente puesto de trabajo en el mismo grupo de empresas durante 24 meses, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de contratos de puesta a disposición, así como la continuación de la prestación de servicios en la nueva empresa tras un proceso de sucesión o subrogación empresarial, bajo alguna de las siguientes modalidades.

En la práctica, el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento del plazo de 24 meses, un documento justificativo sobre la nueva condición de trabajador fijo de la empresa, conforme al art. 15.8 ET, cosa que no suele ser habitual³³¹.

Si el contrato que consolida el derecho de adquisición de la condición fija es el último desempeñado, cumplido el plazo, por aplicación analógica, el trabajador del grupo de empresas adquiere la condición de fijeza con el contrato últimamente desempeñado.

³³¹ Su incumplimiento está tipificado en el art. 6.4 LISOS como falta leve.

La norma no fija un hito de carácter estático, coincidente con la fecha del primer contrato y tampoco un hito final, con el momento de extinción del último contrato de la serie, tan solo marca un plazo de 30 días dentro del cual ha de encuadrarse los veinticuatro meses de servicios prestados³³². En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 30 de marzo de 2017 (Rec. 1378/2016) considera que este módulo temporal *“...tiene carácter móvil, en tanto que la norma no fija un hito inicial de carácter estático, coincidente con la fecha del primer contrato temporal valorable al efecto, y tampoco un hito final, coetáneo con el momento de extinción del último contrato de la serie, lo que significa que en cada caso concreto habrá que calcular la duración total del tiempo trabajado al amparo de los contratos contabilizables durante un plazo de 30 meses, teniendo en cuenta, de un lado, la sucesión de contratos temporales computables y, en su caso, no computables y, de otro, que la realización de nuevos contratos de duración determinada permite abrir nuevos arcos temporales de referencia”*. Esto significa que la superación del umbral de 24 meses se produce no en el momento de inicio de la vigencia de un nuevo contrato temporal, sino *“sobrevénidamente durante la vigencia del último de la serie -aunque sea cierto en el momento de la celebración del contrato que ello tendrá lugar si la relación no se extingue antes por otras causas-”*³³³. Por tanto, en cada caso concreto habrá que calcular la duración total del tiempo trabajado al amparo de los contratos contabilizados durante un plazo de 30 meses, *“teniendo en cuenta, de un lado, la sucesión de contratos temporales computables y, en su caso, no computables y, de otro, que la realización de nuevos contratos de duración determinada permite abrir nuevos arcos temporales de referencia”*.³³⁴

³³² Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 11 de marzo de 2011 (Rec. 5783/2010)

³³³ MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. (2007), ob. cit., p.4.

³³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 30 de marzo de 2017 (Rec. 1378/2016).

b) Requisito cualitativo.

La norma exige que la prestación de servicios debe haberse canalizado a través de dos o más contratos temporales.

Que se suscriba un con contrato de obra o servicio, eventual por circunstancias de producción, quedando excluido la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas.

La relación laboral que se toma en consideración a efectos de la aplicación de las normas son los celebrados entre el mismo trabajador y la misma empresa o grupo de empresas y tras pasado un umbral de tiempo, la temporalidad de la relación se considera injustificada y la misma deviene en indefinida *ex lege*.

1.3 El periodo de prueba

El art. 14.1 ET, señala que *“podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos”*. De este modo; a) el periodo de prueba es facultativo para las partes, puesto que el art. 14.1 ET señala que *“podrá concertarse”*; b) la forma del pacto ha de ser escrita al tiempo de su celebración, teniendo este requisito efectos *ad solemnitatem*³³⁵; y, c) la duración del periodo de prueba no podrá exceder de los límites que establezcan los convenios.

³³⁵ En el supuesto de que no se haga uso de esta facultad en el contrato, ha de entenderse que no existe periodo de prueba. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de octubre de 2001 (Rec. 4438/2000). “El artículo 14 establece, como derecho mínimo del trabajador, el requisito de que «se concierte por escrito», porque el período de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente, ya que se ha configurado siempre como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo, o puede como dice la sentencia de contraste, resultar prohibido como consecuencia de trabajos anteriores. Por lo que recordando la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 20 de septiembre de 1983, no cabe entender la existencia de período de prueba porque así se *prevea* de manera genérica en el Convenio Colectivo sino existe pacto expreso y escrito”.

El art. 14.1 ET, párrafo tercero establece que *“el empresario y trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*. El deber de experimentación en el periodo de prueba tiene como finalidad comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, pudiendo desistir si no satisfacen sus intereses respectivos³³⁶. La conclusión del contrato, durante el periodo de prueba, no aparece sometida a formalidad alguna, el empresario puede rescindir el contrato sin necesidad de llevar a cabo preaviso, sin necesidad de alegar justa causa justa, sin dar lugar a indemnización, ni tampoco se encuentra el trabajador vinculado por un deber de preaviso³³⁷.

El párrafo cuarto del apartado primero del art.14 ET determina que *“será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”*. En consecuencia, si el periodo de prueba se establece para que tanto el trabajador como el empresario pretendan experimentar las condiciones del contrato y demostrar que el trabajador es apto para desempeñar las tareas objeto del mismo, una vez superado el periodo de prueba del primar contrato, si las funciones que desarrolla en el segundo son las mismas, no quedaría justificado el periodo de prueba del segundo contrato y debería considerarse nulo.

A tenor de lo anterior, ¿puede declararse nulo el pacto sobre período de prueba si el trabajador hubiese ya desempeñado las mismas funciones en otra sociedad del grupo de empresas de carácter no laboral?

En este contexto dos son las cuestiones necesarias a tratar: a) por un lado, hay que analizar, en relación a la prestación de servicios, si el empleador desconocía las aptitudes y cualidades del trabajador que emplea; y b), por otro lado, cuando ese mismo trabajador ya ha desempeñado tareas idénticas dentro del grupo de empresas,

³³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 (Rec. 2789/2011).

³³⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.V (2014), “El ingreso del trabajador en la empresa”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 220.

dilucidar si, a pesar de constituir entidades mercantiles diferentes, el periodo de prueba del segundo contrato computa en el supuesto de la nulidad del art. 14.1 ET.

1.3.1 La aptitud profesional conocida

Respecto de la primera cuestión, corresponde a la empresa probar esas diferencias que justifican el someter al trabajador a un nuevo periodo de prueba.

En la práctica judicial, se valorarán aquellos datos indiciarios que, suficientes en número e intensidad, permitan alcanzar la presunción lógica del desconocimiento de las características personales y profesionales del trabajador invocadas por el empresario³³⁸, siendo imposible que el empresario desconozca las aptitudes y cualidades del trabajador que emplea cuando la funciones que desempeñaba se *“llevaron siempre en el mismo edificio y con los mismos materiales y mobiliario y siempre bajo las órdenes directas de la misma persona”*³³⁹ o que ambas empresas *“pertenezcan al mismo matrimonio, únicos socios de las mismas”*³⁴⁰.

1.3.2 La unidad básica de prestación de servicios en el marco del grupo

Respecto de la segunda cuestión, la existencia de personalidades jurídicas separadas y la limitación de responsabilidades no impide la nulidad del periodo de prueba en supuesto singulares, cuando se detecte que la constitución de sociedades o integración en el grupo, al amparo formal de una norma, se imponga un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el

³³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2005 (Rec. 5064/2004). *“Carece de justificación la actuación empresarial, que impuso un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa, dadas las circunstancias concurrentes, que acaban de exponerse. Así pues cabe afirmar, en primer lugar, que en el caso que nos ocupa concurrían las condiciones que sustancialmente explican la prohibición (o declaración de nulidad) del pacto sobre período de prueba (art. 14.1, párrafo tercero, ET), cuales son la probada aptitud del trabajador y conocimiento de ello por el empresario; y, en segundo lugar, que la cláusula contractual estableciendo en el caso el período de prueba respondía a una finalidad diferente a la propia finalidad de la norma que lo regula (art. 14 ET), pues no hay razón para exigir la prueba de una aptitud, cuando tal aptitud ya se ha acreditado y su existencia consta, efectivamente, a las partes”*.

³³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 (Rec. 253/2004).

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de enero de 1995 (Rec. 5103/1994).

ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa, careciendo de justificación la actitud empresarial. Desde el punto de vista formal, las sociedades del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas jurídicas o físicas, como empresas diferenciadas que son, *“pero la concentración, el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común; unidad económica a la que se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la acción unitaria al exterior. En síntesis, el núcleo del grupo de empresas está en la dominación -empresa dominante- y situación de dependencia, y en la unidad de dirección. De este planteamiento del grupo de empresas arrancan las normas de protección a los acreedores, a los componentes minoritarios y a los trabajadores”*³⁴¹.

Lo cierto es que, a pesar de la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y la aparente autonomía de los componentes del grupo, la doctrina jurisprudencial ha considerado pertenecientes a un mismo grupo laboral las empresas que constituya una unidad de decisión³⁴², unidad empresarial³⁴³ que, a pesar del vínculo económico tendente al lograr un fin empresarial y, aunque la misma idea de dependencia pasa a un segundo plano, para destacar como elemento fundamental el ejercicio efectivo de la dirección unitaria, atendiendo a la existencia de un control societario de la empresa cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio. De este modo, el grupo de empresas constituye una unidad empresarial para la que el actor ha prestado servicios donde las sociedades intervinientes se convierten en el ámbito funcional de las relaciones laborales. En consecuencia, habiendo prestado servicios el trabajador en una sociedad del grupo, es nulo el nuevo periodo de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio anterior de las mismas tareas, además conocidas por la empresa.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992).

³⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992).

³⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de enero de 1995 (Rec. 5103/1994).

2 Las vicisitudes de la relación laboral

Los grupos de sociedades se caracterizan por la separación entre la realidad económica y las formas jurídicas. Jurídicamente son sociedades independientes, pero actúan bajo una dirección unitaria. A nadie se le escapa que el sometimiento del interés social de la sociedad dependiente del grupo al interés del grupo, puede repercutir negativamente en los acreedores sociales y, entre otros, los trabajadores³⁴⁴. Pero éstos, además, se ven implicados en problemas adicionales que tiene que ver con su calidad de acreedores, problemas que derivan, del hecho de la prestación de servicios del trabajado en el ámbito de un grupo de empresas.

Las prestaciones del trabajador en el ámbito del grupo de empresas inciden directa o indirectamente en numerosos aspectos de la relación laboral colectiva —derechos asociados a la dimensión o características de las empresa— o en temas procesales —legitimación, prescripción— presenta problemas tales como el de la identificación del empresario- o, en la individual —el régimen jurídico de los traslados de puestos de trabajo y/o la puesta de los trabajadores a disposición de otros empresarios, encadenación de contratos en el grupo, periodo de prueba, la relación de trabajo especial de alta dirección, antigüedad- o, en temas procesales -legitimación, prescripción-.

Principalmente, los problemas que se ha encontrado el jurista a la hora de resolver se encuadran dentro de la dimensión individual de la relación laboral y, muy

³⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, cuando el trabajador presta servicios en una empresa integrada en un grupo y, es sacrificada por el interés del grupo o, trasladan su producción a otra ciudad.

En este sentido manifiesta CAMPS RUIZ L.M, que “aun siendo cierto que el interés de las sociedades dominadas no queda sistemáticamente sacrificado al interés de la sociedad dominante o del grupo en su conjunto, no es menos cierto que, por definición, es un interés subalterno”. CAMPS RUIZ, L.M (1994), “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág.36-37. Así también, SANTIAGO REDONDO, K.M que afirma que “aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan, sin embargo, con arreglo a criterios de subordinación, que permiten identificar, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica”. En SANTIAGO REDONDO, K.M (1991), ob. cit., p.8.

particularmente, en los supuestos de movilidad de trabajadores entre las empresas y en los supuestos de reestructuración empresarial a los que más adelante me referiré.

2.1 La movilidad de trabajadores entre las empresas del grupo

Los supuestos de movilidad geográfica quedan regulados en el art. 40 ET. El legislador, a la hora de ordenar y limitar jurídicamente el ejercicio de la facultad empresarial de movilidad geográfica, únicamente atiende a aquellos cambios que precisan el cambio de residencia del trabajador para atender a su nuevo destino, distinguiendo el legislador dos tipos de movilidad:

- a) El Traslado, se trata de un cambio de residencia definitiva o de larga duración. A estos efectos, se entiende los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años haya excedido 12 meses (art. 40.6 ET).
- b) El desplazamiento, a diferencia del traslado es su carácter temporal, siendo su duración inferior a 12 meses.

Así, cuando resulta preciso que el trabajador deba cambiar su residencia, el art. 40 ET exigirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

El art. 40.1, párrafo primero, del ET establece que *“el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia...”*. La norma utiliza el término “empresas” en los supuestos de movilidad y excluye el supuesto de grupo de empresas. La cuestión está en determinar si se puede producir una traslación del art. 40 ET a los supuestos de movilidad dentro de un grupo societario.

2.1.1 Traslados y desplazamientos en el grupo de empresas

La doctrina jurisprudencial se ha inclinado por la inaplicación del art. 40 ET a los supuestos de movilidad dentro de un grupo de empresas, aunque no han faltado propuestas en contrario.

Para SEMPERE NAVARRO y ARETA MARTÍNEZ³⁴⁵, ante la ausencia de una norma expresa, la jurisprudencia entiende que, aunque cada empresa del grupo actúe de forma autónoma, con su propia plantilla, “si un trabajador es trasladado de forma temporal o permanente de una a otra empresa aunque no se haya concertado previamente un acuerdo *ad hoc*, el supuesto debe de considerarse lícito. La cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43 ET sólo surgiría si se persiguiera su reclutamiento ilegal; se está dentro del campo de la movilidad geográfica cuando la decisión empresarial pretende mejorar el funcionamiento del grupo, es decir, cuando responde a razones técnicas, organizativas o de producción”. Para estos autores, esta hipótesis vendría en la práctica a concebir el grupo empresarial como empresario único a la hora de la aplicación del art. 40 ET. A esta posición se suma CORTE HEREDERO al aceptar “la conceptualización del grupo empresarial como empresario único desde la perspectiva laboral y responsable de las obligaciones dimanantes de las relaciones que mantiene con su personal, debe aceptarse consecuentemente, la posibilidad de efectuar transferencias de trabajadores entre las empresas del grupo. No podemos defender la calificación del grupo de empresas como empresario laboral sólo para los efectos que nos interesan, como son la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y la evitación de actuaciones fraudulentas”³⁴⁶.

Por el contrario, CRUZ VILLALÓN³⁴⁷ entiende que cuando el art.40 ET regula los supuestos de traslado y desplazamiento, se refiere a un cambio de centro de trabajo

³⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), “El derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: Inventario”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 48. Pág. 103.

³⁴⁶ CORTE HEREDERO, N. (1995), *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Editorial Lex Nova, Valladolid. Pág. 251. En el mismo sentido se manifiesta SANTIAGO REDONDO, K.M (1991), ob. cit., p.13-14. “Nos enfrentaremos aquí a manifestaciones típicas de movilidad estatutaria -traslados y desplazamientos a otros centros de trabajo de la misma empresa- y, en ese sentido, reglamentadas por el art. 40 ET. No obstante, toda esta posición carecería de fundamento, como casi todo lo dicho a lo largo de este trabajo, si no se admite una ampliación de la consideración unitaria de la empresa en la línea que se ha venido apuntando”.

³⁴⁷ En el mismo sentido CAMPS RUIZ, L.M (1986), ob. cit., p.76. PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1991). “La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeas: el caso español”. *Documentación Laboral*, número 33. Pág. 42-43. MARTÍNEZ BARROSO, M.R (1993). “Análisis jurídico-laboral de los

distinto de la misma empresa, no al traslado del trabajador a un centro de trabajo de otra empresa. En este sentido el autor manifiesta que “si para la noción de empresa y la identificación del empleador se ha respetado la independencia de personas jurídicas, ello obliga a una cierta equiparación de metodología en la interpretación de los diversos preceptos estatutarios de referencia; debe pues aplicarse aquí, para el art. 40 ET, también el criterio de que la noción de empresas a efectos del ET excluye la idea de grupo”³⁴⁸. En el mismo sentido se manifiesta DESDENTADO BONETE³⁴⁹ y añade que “la inaplicación del art. 40 ET a los supuestos de movilidad dentro de un grupo societarios lleva a concluirse que, en estos casos, será siempre necesario el consentimiento del trabajador afectado”. Para terminar, a juicio de CRUZ VILLALÓN, “parece que se desemboca en la presunción de que este tipo de movilidad ha de efectuarse a través de otras figuras jurídicas, que respeten la voluntad individual de los afectados y exijan la aceptación del trabajador de este tipo de cambios”.

La jurisprudencia se ha inclinado por la inaplicación del art. 40 ET a los supuestos de movilidad dentro de un grupo de empresas. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de fecha 15 de octubre de 2010 (Rec. 2938/2010) determina que, *“como bien acota la sentencia de instancia el artículo 40.1 del ET se refiere al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que le exija cambio de residencia, no al traslado del trabajador a un centro de trabajo distinto de otra empresa. Tal precepto no contempla en rigor la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas, tal como parece sostener la recurrente, y si esto es así, no previéndola tal precepto ni ninguno otro en el texto estatutario, no existiendo pacto entre las partes para salvar el vacío legal...”*³⁵⁰. Este ha sido, sin duda, un tema que ha

grupos de empresas”. *Revista Española de Derecho de Trabajo*, número 62. Pág. 934. BAZ RODRIGUEZ, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa del grupo*. Comares. Pág. 163 y ss.

³⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), “ob. cit.”, p.59.

³⁴⁹ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.520.

³⁵⁰ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de fecha 17 de junio de 2013 (Rec. 6818/2012). *“El traslado intra grupal de trabajadores queda extra-muros del artículo 40 del ET, y así lo ha señalado el TS en sentencias de 27 de marzo de 1989 y 30 de junio de 1993...”*.

venido ocupado una mayor atención a nuestros Tribunales, que han elaborado una doctrina ya consolidada. En este sentido, el Tribunal Supremo acepta la cesión de trabajadores dentro del grupo, con las garantías del art. 43 ET. Para el Tribunal *"no integra cesión ilegal la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo, porque "salvo supuestos especiales...los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar el empresario real"*³⁵¹.

Así, la doctrina científica ha queda dividida. De un lado, un sector doctrinal quienes se basan en una interpretación subjetiva del art. 43 ET y la exigencia de un ánimo defraudatorio, frente aquella otra corriente doctrinal que defiende la aplicación de un criterio objetivo y la inexistencia legal de ánimo defraudatorio.

Entre otros autores, MARTÍN VALVERDE³⁵² defiende una interpretación subjetiva del art. 43 ET de suerte que los intercambios de trabajadores en el seno del grupo no tienen finalidad especulativa ni fraudulenta, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas, sin perjuicio de las garantías previstas en el art. 43 ET.

En contra, PÉREZ DE LOS COBOS³⁵³, defiende la aplicación de un criterio objetivo, según el cual el art. 43 ET prohíbe cualquier cesión de trabajadores, sin ser necesario la

³⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de junio de 1993 (Rec. 720/1992). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 (Rec. 4383/1999). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 558/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (Rec. 1759/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2001 (Rec. 2748/2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec. 3045/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005). Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 (Rec. 2748/2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008).

³⁵² MARTÍN VALVERDE, A (1982), "Cesión de trabajadores", en AA. VV. (E. BORRAJO DACRUZ, dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo VIII. Edersa. Página. 290. GARCÍA MURCIA, J (1990). "Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa". *Revista Tribuna Social*, número 98. Página 15. SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p.103.

³⁵³ PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1991), ob. cit., p.43. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p. 62.

acreditación de una actitud fraudulenta en su cesión. Así pues “toda cesión, cualesquiera que sean los títulos del tráfico de mano de obra, cumple el tipo legal, sin que sea preciso un ánimo defraudatorio”. CRUZ VILLALÓN añade que “conforme a la regulación precedente está prohibida toda situación de cesión... (así se recoge)... en la legislación reformada en 1994; el art. 2 Ley 10/1994 establece que la cesión “sólo podrá efectuarse” a través de ET, (...)lo que persigue como ilícito es toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empresario que organiza y recibe el servicios efectuado por el trabajador...precisamente, el elemento de innovación legislativa que se incorpora en la prohibición de la cesión de trabajadores es el de la objetivación del ilícito y, con ello, suprimiendo la necesidad de demostrar perjuicio singular o voluntad defraudatoria; de no ser así, se trataría de un precepto absolutamente innecesario, inocuo y vacío de contenido, pues bastaría con la aplicación directa del art. 6.4 CC.”

En mi opinión, la aplicación analógica del art. 40 ET a la movilidad de los trabajadores del grupo, parte de una premisa errónea y es que el grupo no puede quedar conformado como empresario único. Las dos notas que definen al grupo empresas son la independencia jurídica de las sociedades que la integran y la responsabilidad limitada de sus miembros y que sólo quedaría excepcionada, cuando concurriese en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica³⁵⁴. Si se concibe al grupo como un único empresario y se le atribuye la responsabilidad solidaria respecto de obligaciones de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, “no solo hemos vulnerado la ley, que reconoce al grupo como forma de organización lícita, sino que hemos destruido su función económica”³⁵⁵.

Además, en tales supuestos, la movilidad geográfica regulada en el art. 40 ET tiene como elemento característico que el trabajador deba cambiar su residencia para atender a su nuevo destino. En el supuesto de la movilidad del trabajador dentro del

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (Número 76/1990).

³⁵⁵ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p.51.

grupo, lo relevante es la prestación de servicios en las distintas empresas del grupo. En tales casos, el cambio de lugar de trabajo constituye una mera consecuencia y, no siempre necesaria, de la puesta a disposición, quedando excluidos del concepto de la movilidad los cambios de lugar de trabajo efectuados precisamente por razón de la prestación.

Ante la ausencia de solución legal expresa, el poder de dirección permite a empresario, con determinados límites, adaptar las prestaciones laborales a los cambios organizativos siempre y cuando no alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral. Pero en este caso, al empresario se le atribuiría una facultad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que excede del *ius variandi* que compete a las empresas como derivado de su poder de dirección³⁵⁶, sin ser necesario el consentimiento del trabajador³⁵⁷. El efecto pernicioso que conllevaría para el trabajador de la obligatoriedad y ejecutividad inmediata de la movilidad, contrasta con el margen de flexibilidad de que se lo dota al empresario para adaptar las prestaciones laborales a los cambios organizativos³⁵⁸.

En referencia a la aplicación o no del art. 43 ET, el autor CRUZ VILLALÓN hace referencia al art. 2 de la Ley 10/1994 que establece que la *“cesión sólo podrá efectuarse”* a través de ETT y, al efecto de prohibir literalmente el art. 43 ET la cesión de trabajadores *“cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico”*.

Respecto de la primera norma, el autor ha omitido parte de la redacción de la misma, al excluir la parte inicial que dice *“la contratación de trabajadores para cederlos”*. En este contexto, lo que prohíbe es una estructura organizada cuya actividad consista en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras personas, con la salvedad de que se realice a través de las empresas de trabajo

³⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991 (Rec. 943/1990).

³⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991 (Rec. 943/1990).

³⁵⁸ El trabajador podría utilizar el mecanismo del art. 40 ET, es decir, su no aceptación, con el percibo de la correspondiente indemnización a un despido colectivo o por causas colectivas y, no vía art. 50.1 ET o, la impugnación de la medida.

temporal. Y respecto de la segunda norma aludida por el autor, la referencia a la segunda norma desaparece tras la derogación de la Ley 8/1980³⁵⁹ y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la prestación de servicios externa para integrarlo en su actividad productiva, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores.

Como dice FERNÁNDEZ LÓPEZ³⁶⁰, la definición del art. 43 ET es de “mínimos por ser una norma tendencialmente protectora, que busca la aplicabilidad de su supuesto de hecho a la mayor parte de casos posibles dando pistas y criterios cuya finalidad es evitar la defraudación encarnada en organizaciones aparentes que ni siquiera pueden alcanzar su fin productivo”.

La esencia de la cesión se centra cuando el objeto del contrato se limita a una puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria y, en efecto es lo que prohíbe el art. 43.1 ET. El mismo impone que existe cesión legal cuando; a) el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o b) que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o c) no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. En el caso concreto de los grupos, se conserva la titularidad formal de las distintas empresas y éstas siguen siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores, lo que no impide de forma voluntaria que el trabajador acepte trabajar para otras empresas del grupo. Cuestión distinta es si la movilidad de trabajadores a

³⁵⁹ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Art.43. “*Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabaja*”.

³⁶⁰ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F (2009), ob. cit., p. 51.

otras empresas del grupo responde a una estrategia empresarial que no obedece a razones técnicas u organizativas, si no al objeto de crear un mecanismo interpositorio con el fin de defraudar los derechos de los trabajadores, seria plenamente aplicable el art. 43 ET³⁶¹.

A mi juicio, la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo es, en principio, una figura lícita, siempre y cuando haya sido consentida por el trabajador, o se haya previsto convencionalmente³⁶², y no persiganla finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedezca a razones técnicas y organizativas con el objeto de mejorar el funcionamiento y la organización del complejo económico. En todo caso, que la puesta a disposición sea lícita no significa que lleve aparejada la pérdida de condiciones que el trabajador y, por tanto, al trabajador se le aplicaran las condiciones de trabajo que venía disfrutando en la empresa de origen, si son superiores que las condiciones de la empresa receptora.

Por el contrario, esto es, cuando se utiliza la figura de la personalidad jurídica para crear una empresa ficticia que contrata al trabajador y lo cede a la empresa productora, todo ello para eludir las reglas laborales y las cargas sociales. Al tratarse de una cesión ilegal, deberá aplicarse el art. 43 ET, pues la finalidad que persigue el artículo *“es que la relación laboral coincida con la formal y quien es efectivamente el empresario que asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el*

³⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec. 645/1990). *“Salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del art. 43 ET”*.

³⁶² DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.524.

ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes”³⁶³.

Ahora bien, la puesta a disposición que regula en art. 43 ET son cesiones temporales entre empresas. La cuestión es que pasa en el supuesto de que un trabajador contratado inicialmente por una empresa pase a prestar servicios a otra empresa del grupo de manera permanente. Excluida la movilidad de viabilidad de los traslados, art. 40 ET, la práctica articula las siguientes vías:

- a) La suscripción de un nuevo contrato de trabajo con la empresa que recibe el trabajador y la extinción del anterior³⁶⁴. El trabajador no tiene derecho a indemnización alguna, ni derecho a retornar a la empresa de origen en caso de extinguirse el segundo contrato y al que no se le reconocerá los derechos adquiridos es la empresa de origen, salvo que se pacte. Es la opción más lesiva para el trabajador.
- b) La suspensión del contrato existente con la primera empresa y la celebración de un nuevo contrato con la nueva empresa. En este sentido, CRUZ VILLALÓN³⁶⁵ entiende que será posible que las partes den su consentimiento en “frio”³⁶⁶ o “caliente”. Es decir, por medio de una cláusula específica en el

³⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2001 (Rec. 2142/2000). Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 (Rec. 244/2000). Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2005 (Rec.3630/2004). Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (Rec. 504/2006). Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de marzo de 2008 (Rec. 1310/2007).

³⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1986 (RJ 1986/4657). Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 (Número 431/1989). Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de mayo de 1990 (Rec. 34/1998). Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991 (Rec. 780/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 (Rec. 688/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996).

³⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p.64.

³⁶⁶ ESTEVE SEGARRA, A. (2002), *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Tirant Lo Blanch. Pág. 155 y ss. Defiende la aplicación analógica del art. 39, 40 y 41 ET en los casos de aceptación del trabajador en “frio”.

contrato de trabajo, o en el convenio colectivo³⁶⁷. Cuando se refiere a la aceptación de trabajador en “frio” y en “caliente”, por mutuo acuerdo entre las partes, donde el trabajador decidirá la propuesta de prestar sus servicios en otra empresa del grupo.

- c) Acuerdo novatorio entre las partes que modifique la persona del empleador, es decir, lo que se denomina un pacto “de cesión de contrato”³⁶⁸. Esta sería la solución más adecuada. El contrato ni quedaría suspendido ni extinguido; tan solo la posición contractual de la primera empresa quedaría ocupada por la segunda empresa que asumiría todas las obligaciones laborales que a ésta le correspondan frente al trabajador.

Finalmente, queda el estudio de la movilidad en el marco de una prestación transnacional de servicios para un grupo de empresas que a continuación se explica.

2.2 La prestación transnacional de servicios

La Unión Europea, considerando que la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen la protección de los trabajadores desplazados, con el fin de garantizar un nivel mínimo de condiciones de trabajo y evitar operaciones de dumping social, aprobó la Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, modificada por la Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo de 2014 que, también modificó el Reglamento UE 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior.

La Directiva 96/71/CE, se aplica a tres tipos de desplazamientos de trabajadores y, entre ellos, a los que se realicen para prestar servicios en un establecimiento o en una

³⁶⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p. 105. “Las cláusulas convencionales que han abordado el tema suelen condicionar la movilidad geográfica (temporal o definitiva) a la existencia de causa (las razones técnicas, organizativas o productivas) y al respeto de los derechos laborales preexistentes, con lo que poco añaden al diseño genérico del artículo 40 ET”.

³⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (1996), ob. cit., p.65.

empresa que pertenezca al grupo (art. 3.1.c). Sin embargo, la Directiva no incorpora una definición de grupo internacional de empresas a efectos laborales.

La forma en que se suele dar esta prestación de servicios, es a través de la figura de la “puesta a disposición” o “envío en misión”, donde el trabajador o conjunto de trabajadores son destacados a otras empresas del grupo a fin de que en ellas realice la prestación laboral³⁶⁹. En todo caso, como carácter general, podría delimitarse esta situación de puesta a disposición de un trabajador en el ámbito transnacional sobre la base de los siguientes rasgos distintivos:

- a) Implica un cambio de lugar de trabajo con destino en otro país, desarrollando su prestación laboral fuera del marco de su empresa, alejados de la figura de la prestación indiferenciada de servicios y de la confusión de plantilla y, enmarcada dentro de una movilidad temporal, cuya finalidad no es otra que la de dar cobertura provisional de puesto de puestos de trabajo, proyectos, actividades concretas, en los supuestos en que no exista personal disponible en la empresa de destino.

Se trata en definitiva de un desplazamiento para prestar servicios en una empresa que pertenezca al grupo con carácter permanente hasta la finalización de las tareas a realizar o por el transcurso del tiempo estipulado, alejado del continuo trasvase de personal de unas empresas a otras sin una solución de continuidad que permita delimitar correctamente las distintas contrataciones

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Sentencia 1428/1990). “(...)la situación guarda así alguna semejanza con la figura que para la función pública regulan los artículos 41.1.d) y 61 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado(...)”. En la actualidad, derogados por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre. En todo caso, la especificidad de la norma significaba la imposición unilateral del traslado sin contar con la aceptación voluntaria del trabajador, lo que hubiera planteado dudas sobre la legalidad de su aplicación analógica en el ámbito del Derecho del Trabajo.

con las diversas empresas del grupo y, por tanto, marco de una situación temporal³⁷⁰.

- b) En realidad, acorde con la letra b) del apartado 3 del art. 1 de la Directiva 96/71/CE, el objetivo son los desplazamientos de trabajadores desde empresas españolas a empresas de los citados Estados o a la inversa, sin alterar las empresas para la que presta sus servicios. Manteniendo formalmente el contrato solamente con quien es titular de la relación laboral inicial.

En este contexto, la Directiva establece un conjunto de derechos básicos que rigen en el país de acogida en el que desempeñan su trabajo, establecido por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados en aplicación general, para garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo en las siguientes materias de: a) cuantías de salario mínimo; b) los períodos máximos de trabajo y los períodos mínimos de descanso; c) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; d) las condiciones de suministro de mano de obra por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación, art. 3.1 de la Directiva.

2.2.1 El *dumping* social

Ahora bien, aunque cada vez es más frecuente la deslocalización de las actividades productivas, ello que no es óbice para que, en ocasiones, el desplazamiento de trabajadores de un país a otro para desempeñar determinada actividad se deba al propósito de aplicar condiciones de trabajo inferiores a las que rigen en el lugar de

³⁷⁰ Art. 2 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, en virtud del cual, “todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaja habitualmente”.

destino, en un contexto de prácticas de dumping social³⁷¹. Es el caso de la creación de empresas que no tienen actividad en el Estado donde se pagan menos cuotas sociales y donde los salarios son más bajos, con el fin de desplazar trabajadores a la empresa que realmente tiene la producción para eludir tener que pagar más cuotas sociales y salarios más altos, en contraste con lo que tendría que pagar si los trabajadores sí fuesen contratados en el Estado donde son desplazados.

En otras ocasiones, se producen desplazamientos que no son tales, en tanto en cuanto que se presume el desplazamiento del trabajador para rebajar las garantías y condiciones laborales, cuando la realidad no es otra que la prestación de servicios permanentes en un centro de trabajo o empresa. El problema consiste en determinar si tal práctica pretende satisfacer un interés del empresario cedente, o bien obedece a un interés meramente defraudatorio de los derechos de los trabajadores de la aplicación del ordenamiento jurídico-laboral y el desplazamiento ha sido consentido por el trabajador o previsto por el convenio colectivo aplicable.

En estos casos, la utilización desviada del instituto de la personalidad jurídica, buscando eludir responsabilidades empresariales, justifica la ruptura del beneficio de la independencia patrimonial y la constatación de una pluralidad de empresas responsables de eludir la aplicación de las leyes laborales y de Seguridad Social en materia de desplazamientos y, por tanto, resulta reprochable al excederse en el uso del derecho con el perjuicio de daños a los trabajadores, quedando vinculada la

³⁷¹ BELTRÁN MIRALLES, S. (2000). “Comentario a la Directiva Comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”. *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. XXIII, página 319, tomo, 2. Editorial La Ley. En efecto, el fenómeno conocido como dumping social es aquel que se deriva de las desigualdades que, en materia de condiciones de trabajo, podrían entorpecer el libre y equilibrado desarrollo de la competencia mercantil. La participación en el mercado interior de Estados miembros, con condiciones de trabajo marcadamente desiguales, en especial en el aspecto económico, incide en el marco de la competencia leal, puesto que los empresarios de los Estados miembros con mano de obra más barata, que presten sus servicios en otros Estados dentro del mercado interior comunitario, pueden ofertar unos precios más ventajosos respecto de empresarios de otros Estados miembros, que se ven obligados a respetar la legislación nacional en materia de condiciones de trabajo y que por ello no concurren en igualdad de oportunidades al mercado.

responsabilidad de todas aquellas sociedades que pretenden hacer valer la personalidad jurídica para burlar los derechos de los trabajadores.

En otros casos, la movilidad transnacional dentro de los grupos de sociedades descansa sobre el simple dato organizativo. Nos encontramos ante supuestos que tienen un origen estructural, cuando la empresa de destino no dispone de personal para atender proyectos o actividades que se presentan en un momento determinado y, el desplazamiento de trabajadores, es el comportamiento lógico para buscar el interés del grupo sin que sufra perjuicios patrimoniales la sociedad como consecuencia de las instrucciones impartidas por la dirección del grupo³⁷² ni los trabajadores veyermados sus derechos. De forma que, el grupo de empresas se convierte en un centro de toma de decisiones que tienen efectos en la plantilla de sus empresas³⁷³.

2.2.2 La formalización de la relación transnacional

En este contexto, el marco jurídico aplicable a las relaciones laborales quedaría subordinado a la fórmula contractual utilizada para proceder a ese desplazamiento de trabajadores.

Un primer escenario que quedaría fuera de la Directiva 96/71/CE³⁷⁴, se produce cuando el trabajador tuviera que cesar en su anterior relación laboral para

³⁷² Viene siendo habitual que los servicios sean facturados entre las empresas con el objetivo de despejar cualquier duda de la existencia de caja única. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1998). *“Dedicándose, una, al material de la construcción, otra, a proyectos y estudios, otra a construcción de naves-proyectos industriales, y los servicios que se prestan entre sí, son objeto de la correspondiente facturación y obran como créditos y deudas en la contabilidad auditada de unos y otros. Realizándose pago mediante talones girados a cargo de las cuentas corrientes de varias de las empresas del grupo. El trasiego de personal, que no consta fuera sin solución de continuidad, de una a otra empresa, en las que actuaban en el ramo de la construcción, es práctica normal en las empresas de tal actividad. Práctica que, de por sí, no proporciona sospecha alguna de actuación fraudulenta”.*

³⁷³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de julio de 2014 (Rec. 02/2014). *“No debe olvidarse que el grupo de empresas no sólo es un ámbito de dirección y organización general de la correspondiente actividad productiva, sino también un centro de toma de decisiones que pueden tener efectos en la plantilla de sus empresas...”.*

³⁷⁴ Art. 1.3.b) *“desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento”.*

incorporarse al nuevo puesto de trabajo. Nos encontramos ante filiales que salen del control administrativo de la empresa matriz, funcionando en los distintos países de forma autónoma, aunque tengan una estrategia comercial común, entendida como un conjunto de técnicas y métodos para la instalación comercialización y explotación de un producto y una publicidad conjunta. Se celebra un nuevo contrato de trabajo, que se diferencia de la “*puesta a disposición*”, en el que no se produce una nueva contratación con la suspensión o extinción de la anterior para dar cobertura al desplazamiento del trabajador en el extranjero.

El caso de la suscripción de un nuevo contrato laboral para atender la movilidad en el seno del grupo a escala laboral presenta escasas variantes respecto de lo que ya se ha analizado. La nueva relación laboral queda sujeta a la legislación laboral y de Seguridad del Estado de acogida, dejando de ser reconocidos los derechos ligados a la antigüedad -salariales, indemnizatorios, ascensos, promociones-, al quedar extinguida la relación laboral con la empresa de origen. Hay que pensar que este tipo de medidas son voluntarias, por lo que será siempre necesario el consentimiento del trabajador afectado. Ahora bien, incluso existiendo consentimiento por parte del trabajador, este tipo de medidas de movilidad no cuenta con un marco regulador para alcanzar el acuerdo entre empresario y trabajador sobre las condiciones de la misma y contrarrestar los perjuicios que se pueden causar al trabajador con motivo del desplazamiento –funciones, condiciones laborales económicas, seguridad e higiene en el trabajo, jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, gastos por traslado de familia, seguros sociales, condiciones de retorno a España, regla sobre el cómputo de la antigüedad, derechos indemnizatorios reconocidos de la relación laboral de origen, gastos por desplazamiento de familia, compensación de gastos, fijación del carácter definitivo o temporal de la movilidad, reactivación de la relación laboral de origen tras finalizar la movilidad internacional. No obstante, podría articularse con una suspensión del contrato de trabajo para posteriormente reactivar la relación laboral con la empresa de origen. Todo ello a través de una excedencia, la suspensión del contrato por mutuo acuerdo entre las partes o prevista en el convenio

colectivo aplicable o situación similar, permitiendo al trabajador retornar a su empresa de origen cuando se extinga su relación laboral con la empresa de destino.

Un segundo escenario, se produce cuando el trabajador desplazado mantiene el contrato laboral con la empresa de origen. Este movimiento de personal que, no consta sea sin solución de continuidad, de una empresa a otra, no proporciona sospecha alguna de actuación fraudulenta, salvo que, en ocasiones, dicho contrato responde a una finalidad fraudulenta, al crearse empresas sin actividad productiva para que formalmente sean contratados allí los trabajadores, en tanto que suele ser el Estado donde se pagan menos cuotas sociales y donde los salarios son más bajos. En este caso, era preciso que la autoridad competente del Estado miembro dispusiera de los medios necesarios para alertar de la existencia de las mencionadas situaciones e intercambiar información con el fin de prevenir y luchar contra el fraude y los abusos. A tal fin, en el marco de la cooperación administrativa prevista en las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE, en particular en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2014/67/UE, con el fin de reforzar los medios necesarios para alertar de la existencia de las mencionadas situaciones e intercambiar información con el fin de prevenir y luchar contra el fraude y los abusos, se crea la Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional, conforme a la Orden TES/967/2020, de 06 de octubre. De manera que, si dicho contrato responde a una finalidad fraudulenta, habrá que considerar la existencia de una única relación laboral con la empresa de origen y destino que responderán frente al trabajador de forma solidaria.

2.2.3 El régimen jurídico aplicable

De entrada, la regulación de la movilidad de trabajadores españoles al territorio de un Estado miembro, en una empresa que pertenezca al grupo será la prevista en el art. 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, con la finalidad garantizar un nivel mínimo de las condiciones de trabajo y evitar que el desplazamiento de trabajadores de un país a otro se deba al propósito de aplicar condiciones de trabajo inferiores a las que rigen en el lugar de destino. El país

de destino no debe impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo que sean más favorable a los trabajadores desplazados durante la duración del desplazamiento. De este modo el empresario de origen está obligado a garantizar a los trabajadores desplazados temporalmente ciertas condiciones de trabajo del estado de destino si fuesen más favorables.

Estas normas se limitan a establecer determinadas condiciones de trabajo mínimas por la normativa laboral del Estado de destino, por lo que resta conocer las razones y fundamentos alegados por la empresa para proceder al desplazamiento del trabajador. Estas cuestiones se sitúan en torno a la facultad empresarial de trasladar al trabajador -causas y procedimiento del desplazamiento- y a la adaptación del mismo a las nuevas condiciones de trabajo de la empresa de destino ya que este desplazamiento puede suponer en ocasiones un cambio sustancial en las condiciones iniciales del trabajo, propias del art. 39 ET.

Sin embargo, la regulación de la movilidad funcional prevista en el art. 39 ET queda encuadrada en el ámbito conceptual de empresa y, por tanto, fuera del ámbito intra grupal del desplazamiento transnacional. De este modo, la ausencia de un marco regulador del desplazamiento transnacional impide al empresario ejercitar el poder de dirección y organización del trabajo, más allá del ámbito empresarial y, por tanto, deshabilita al empresario para exigir al trabajador tareas o funciones diferentes de las de su clasificación profesional o la modificación del contenido de la prestación inicial del contenido de la prestación de trabajo, excediéndose de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET.

En cualquier caso, el art. 39.1 ET habilita al empresario a superar la prestación inicialmente pactada en el contrato pero no podrá ir más allá de los límites que imponen las titulaciones académicas o profesionales necesarias para desempeñar la misma. Fuera de estos límites, cualquier modificación debe considerarse sustancial, por lo que debe entenderse encuadrada en el apartado 4 del art. 39 ET. En consecuencia, dos son las posibilidades de movilidad funcional decididas por una de las empresas que conforman el grupo: de un lado, el sometimiento a las reglas previstas

para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo; o, de otro lado, el acuerdo de las partes. De hecho, teniendo en cuenta que interviene el mutuo acuerdo entre las partes para conformar contractualmente la voluntad de las partes, la movilidad internacional pactada queda fuera del ámbito de regulación de la movilidad funcional, puesto que el art. 39 ET autoriza la que tiene lugar dentro del seno de la empresa, no pudiendo considerarse como tal, la que se desprende para prestar en diferentes empresas del grupo, debiendo prestarse en tales casos el consentimiento expreso o tácito del quien deba prestarlo³⁷⁵, rechazando cualquier orden ilegítima que exceda de los límites del ejercicio del poder de dirección y organización del empresario que pueda forzar al trabajador a la aceptación del mismo, no pudiendo ser impuesta unilateralmente por una parte a la otra, salvo, la facultad que le confiere el art. 20 ET, con base en sus poderes de dirección y organización, para introducir cambios no sustanciales en el contrato de trabajo.

De esta manera, cuando en el contrato de trabajo se contempla la posibilidad de modificaciones sustanciales por mutuo acuerdo entre las partes y se cumplen los condicionamientos a los que ha quedado sujeta la relación laboral, el trabajador adquiere la obligación de desplazarse a cualquier parte del territorio extranjero cuando el empresario así lo ordene, no pudiendo alegar el trabajador la infracción del art. 40 ET, cuando en función del contrato trabajo suscrito con la empresa había adquirido la obligación de desplazarse³⁷⁶. Si el trabajador tuviera dudas respecto de

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre 1990 (Rec. 187/1990).” *Tampoco se ha vulnerado el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la movilidad que el precepto autoriza es la que tenga lugar dentro del seno de la empresa conforme pregonan el párrafo primero de dicha norma, no pudiendo reputarse tal, la que se pretende imponer para prestar los servicios en empresa diferente, -ambas son sociedades anónimas-, sin mediar el consentimiento expreso o tácito de quien debiera prestarlo”.*

³⁷⁶ En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2000 (Rec. 4921/1991). La representación de la empresa y los trabajadores acordaron que durante el plazo de 18 meses a partir del traslado ambas partes se reservan la facultad de rescindir el contrato de trabajo en caso de no adaptación al nuevo puesto de trabajo en cuyo caso el trabajador devengará la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad, con un tope de 18 mensualidades. El

orden de desplazamiento dada por el empresario, debe *“de cumplirla inicialmente y posteriormente reclamar ante la jurisdicción competente”*³⁷⁷.

Por otro lado, a falta de expresa regulación legal, y sin perjuicio del papel que puede cumplir la autonomía individual, la movilidad de un trabajador al servicio de un grupo nacional a una filial en el extranjero dispone de las notas definitorias de un desplazamiento, manteniendo el vínculo contractual que le une al empresario de origen³⁷⁸, la temporalidad³⁷⁹ y el principio de volver³⁸⁰, lejos de la proyección colectiva

trabajador remitió a la empresa carta comunicándoles su decisión de rescindir su contrato de trabajo por la no-adaptación al nuevo puesto de trabajo con efectos del día 22 de mayo de 1998. La empresa comunica la conformidad a la solicitud de cese, con el devengo de la indemnización acordada en el documento suscrito en fecha 16 de diciembre de 1996 si bien la extinción del contrato será con efectos del día 25 de junio próximo. En el escrito, la empresa previene al trabajador que, sin con anterioridad a la fecha indicada pone fin a la relación laboral, entenderían que ha tomado la decisión de causar baja voluntaria en la empresa, considerándonos revelados de la aplicación del referido acuerdo indemnizatorio. El Tribunal argumenta que *“acreditada y reconocidamente, la suscripción del pacto en cuestión lo motivó la decisión empresarial de traslado del centro de Mataró en Barcelona a Salt en Gerona, que como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, conforme al contenido del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, con posibilidad de rescisión tanto para el trabajador como para el empresario en aplicación de lo prevenido por los artículos 49.1 y 50 y 51 del mismo Estatuto de los Trabajadores, es claro, evidente y patente que a tales y separadas posibilidades el acuerdo suscrito el 16 de diciembre de 1996 ha de referirse y como derecho mejorado, en favor del trabajador jurídicamente valorarse con los efectos que le son propios conforme al contenido de los artículos 1255 y 1278 ambos del Código Civil y apartado c) del núm. 1 del artículo 3 éste del Estatuto de los Trabajadores por lo que, al referir la sentencia de instancia la eficacia de dicho pacto a la reclamación por el actor por razón de su inadaptación dada la distancia y diversas condiciones generadas en su relación laboral con el traslado efectuado, por ajustada al ordenamiento tal interpretación y decisión ha de confirmarse; y porque además de lo precedentemente argumentado el hecho de que el demandante haciendo uso de la facultad concertada pretenda y solicite la efectividad de la indemnización que para tal supuesto de mutuo acuerdo se estableció, no implica ni supone el arbitrario unilateral cumplimiento que el artículo 1256 del Código Civil prohíbe ya que al conservar el pacto la virtualidad y eficacia que le es propia en todas sus consecuencias y entre ellas, la del derecho del trabajador demandante a «reservarse la facultad de rescindir» ambas partes vienen compelidas al cumplimiento de lo que libremente pactaron con obligaciones recíprocas entre las que consta la posibilidad u oposición para el trabajador de rescindir o no en el plazo convenido su contrato de trabajo con la demandada, lo que entraña en dicho optante la facultad de llevar o no a consumación el pacto con el cumplimiento de las condiciones –entre otras de la temporalidad– en que tal facultad se le concedió”*.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Las Palmas de 25 de febrero de 2005 (Rec.1072/2004).

³⁷⁸ Art. 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996. Letra b) de apartado 3 del art.1 de la Directiva, cuando habla de un desplazamiento es necesario que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento

³⁷⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A (2002), “El contrato individual de trabajo en el espacio internacional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 13/2004. BIB 2004/1665. “(...)esta normativa sólo es aplicable

del funcionamiento unitario que tiene las organizaciones -prestación de servicios indistintamente para varias sociedades del grupo, confusión de plantilla-. En estos casos concretos, en virtud de lo establecido en el art. 1.4 ET la legislación española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero y, en consecuencia, la regulación prevista en el apartado 6 del art. 40 ET para los desplazamientos o el art. 41 ET cuando esta movilidad pueda suponer cambios en las condiciones iniciales de empleo y trabajo³⁸¹.

En definitiva, la Directiva, se limita a identificar qué materias han de quedar reguladas en sus mínimos de derecho necesario por la normativa laboral del Estado de destino, sin perjuicio que, ante la falta de una regulación normativa, son los convenios colectivos los que han ido incorporando la normativa nacional a las necesidades de carácter transnacional de las organizaciones productivas. Hay que considerar a la empresa de origen la responsable principal y directa de las obligaciones salariales, cotizaciones a la seguridad social y el poder de dirección sobre el trabajador y, ello porque se estaría ante una relación contractual no susceptible de fragmentación por el desplazamiento transnacional, sin perjuicio de estar subordinada a las órdenes del empresario de destino durante el tiempo que dure la prestación.

cuando exista el carácter de temporalidad del desplazamiento, de forma que, sin entrar en el período de su duración, lo importante es que se prevea el retorno del trabajador, así se entiende el contenido de la Ley (y Directiva) basado en la ausencia de vinculación definitiva del trabajador con el país de acogida, en tanto existe un vínculo contractual con la empresa de origen”.

³⁸⁰ Art. 2 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996. “Todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”.

³⁸¹ GARCIA BLASCO, J. (1994), “La movilidad funcional y geográfica de los trabajadores en los grupos de empresa”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 67.” ...la regulación prevista en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores referida precisamente a la movilidad geográfica, acompañada de las exigencias legales y jurisprudenciales de dicho precepto”.

3 Extinción colectiva de los contratos

El mercado evoluciona constantemente y las empresas deben adaptarse a las nuevas necesidades de mercado. Estos procesos de reorganización interna, conllevan principalmente operaciones de filiación, transmisión, sucesión descentralización, etc. que permita una mejor adaptación de las empresas a la nueva estructura económica más adecuada. Lo que se consigue de este modo es desafectar parte de la actividad a otras empresas de modo que, ante cualquier cambio en la demanda, le sea mucho más fácil adaptarse a las nuevas demandas del mercado; procurando de esta forma, los grupos de empresas, la limitación de los gastos y costes, así como el incremento de su eficiencia, manteniendo la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial como en el organizativo, rehuendo, de la unidad económica o empresarial del grupo.

Pese a todo, en ocasiones no es suficiente con una reestructuración empresarial y, las nuevas demandas en el mercado hacen necesario la adopción de nuevas medidas de reestructuración empresarial, en concreto, medidas de ajuste de plantilla en el seno del grupo de empresas. A este respecto, en la legislación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.i) ET, el contrato de trabajo puede extinguirse *“por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”*. Se trata de un despido caracterizado por dos circunstancias: a) una causa inherente a la empresa y b) un número de trabajadores. La decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento previsto en el art. 51 ET.

El despido colectivo forma parte de las facultades del titular de las empresas, entendida como una unidad económica con organización propia y, jurídicamente, con personalidad y patrimonio independiente. En este contexto, la realidad del grupo de empresas no deja de plantear algunos interrogantes como centro de toma de decisiones que pueda tener efectos en la plantilla de sus empresas. Concretamente: a) si se consideraba que debía ser la situación de la empresa la que se tomara a efectos

de valorar la medida o la del grupo; b) quienes deben ser parte o interlocutores en el procedimiento, tanto por parte del empresario como de los trabajadores.

3.1 Ámbito de aplicación de las causas

La normativa laboral no prevé sobre el ámbito de referencia de las medidas de reestructuración empresarial en el grupo de empresas. Este silencio normativo, bien puede asociarse a un valor consciente negativo, según el cual los grupos empresariales sólo puedan acudir a la extinción colectiva de modo independiente en cada una de las sociedades que lo componen, o bien, entendiendo que el silencio del legislador no implica la oposición a la posibilidad de que el grupo actúe en el procedimiento colectivo, iniciándolo, desarrollando el período de consultas y decidiendo los despidos.

Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de Julio de 2012 (Rec. 109/2012)³⁸² no contempló la posibilidad de parcelar esta medida extintiva por centros de trabajo. El Tribunal entendió que el silencio de la legislación ha de ser interpretado como *“la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate”*. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 152/2012), argumentó que era insuficiente por sí solo negar la legitimación al grupo basado en el silencio de las normas reguladoras. El Tribunal consideró que deben tenerse otros factores que necesariamente han de ponderarse al no haberse pronunciado el legislador de modo expreso. En este caso concreto, el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta como la doctrina y jurisprudencia admiten la necesidad de levantar el velo, porque lo *“impone la realidad de la vida y el poder de los hechos o*

³⁸² En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de noviembre de 1996 (Rec. 3311/1995). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de abril de 1995 (Rec. 1368/1995). Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre 2010 (Rec. 31/2009). Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de junio de 1995 (Rec. 1368/1995). Sentencia Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2011 (Rec. 2286/2011).

*la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas*³⁸³. De modo que, declarada la existencia de un grupo laboral, significa que estamos ante una *“realidad empresarial única y centro de imputación de responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas, de manera que el grupo de empresas, es en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 ET”*³⁸⁴. Pero la Sala matiza que es cierto que el grupo cuando existe, parece actuar como empleador, sin embargo, el grupo no puede ser empresario, no tiene personalidad jurídica, por tanto, no se le puede imputar obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, ahora bien, en lo que aquí interesaba se estaba ante un empresario en los términos del art. 1.2 ET³⁸⁵. La sentencia se apoya en el criterio establecido por Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (Rec. 10/2012) que conoció un despido colectivo que resultó ser impugnado por pertenecer la empresa a un grupo de empresas laboral. La sentencia declaró la nulidad del despido argumentando que el mismo no fue instado por quien tenía su condición real de empresario a los efectos laborales y conforme a lo previsto en el artículo 51 ET. Como consecuencia de ello, ni la documentación facilitada a los representantes, ni el objeto de la consulta se había podido ajustar a las exigencias del art. 51.2 ET. El Tribunal entendió que acreditada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales ha viciado *“todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía”*³⁸⁶. Este razonamiento del Tribunal catalán fue compartido por el Tribunal de la Audiencia Nacional pues, tratándose de un grupo de

³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 (Rec. 1524/2002).

³⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 (Rec. 31/2009), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2011 (Rec. 6674/2011).

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2009 (Rec. 681/2009). *“Y no es dable soslayar lo dispuesto en el art. 1.2 del ET, que contiene una definición amplia del empresario, considerando como tal todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios que reúna las notas del art. 1.1 del ET, lo que permite afrontar determinados supuestos de empresario complejo, atendiendo a la realidad de la organización laboral”*.

³⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (Rec. 10/2012).

los denominados patológicos, la identificación del empresario real se ha de identificar con este último.

En el mismo sentido se pronuncia TAPIA HERMIDA³⁸⁷, señalando que “cuando el despido colectivo es promovido por un “empresario-grupo de empresas”, las razones que ha aconsejado una “concepción flexible” desde la perspectiva del empresario no plural acaban tornándose, razonablemente, en incremento del rigor para aquel empresario plural. La construcción del concepto de “empresario-grupo de empresas”, desde el derecho mercantil contable, y más concretamente desde el deber de consolidar cuentas, ni puede dejar de tener trascendencia e influir en la causalidad que permite y justifica un despido colectivo”. En esta misma dirección, GARCÍA TENA y ALARCÓN BEIRA³⁸⁸ también consideran que “a la hora de calibrar la concurrencia de las causas a que se refieren los arts. 52 c) y 51.1 ET ha de tomarse en consideración la situación del grupo empresarial, y no, en exclusiva, la de la filial donde, a la sazón, presta servicios el trabajador cuyo puesto se pretende amortizar; y ello, porque a efectos laborales, la empresa (en el sentido que pretende definir el art. 1 ET) es el grupo empresarial”. También CAMPS RUIZ³⁸⁹ comparte la idea de una valoración de la causa a nivel superior al de empresa ya que “un tratamiento singular de las sociedades unidas por fuertes vínculos estaría efectivamente abocado al fracaso, toda vez que la realidad económica no conoce las fronteras de la personalidad jurídica diferenciada”. La argumentación defendida por este sector de la doctrina pivota sobre la realidad de que el grupo es una unidad económica o unidad empresarial, lo que, en definitiva,

³⁸⁷ TAPIA HERMIDA, A (2011). “Despidos colectivos en grupo de empresas (empresarios grupo de empresas)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 325. Pág. 73.

³⁸⁸ GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA F. (2000). “Despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”. *Revista relaciones laborales*, número 4/12. Pág. 13 y ss.

³⁸⁹ CAMPS RUIZ, L.M. (1986), ob. cit., p. 101. En el mismo sentido, APILLUELO MARTÍN, M. (1996). “Grupos de empresas y Derecho del Trabajo”. *Revista Actualidad Laboral*, número 15. Pág. 342. ARAMENDI SÁNCHEZ, P. (1996). “Problemas sustantivos y procesales adyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas laborales”. *Revista de Derecho Laboral*, número 17. Pág. 91-94. MOLINA NAVARRETE, C. (2014), “Grupo de empresas y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos patológicos y fisiológicos”. *Revista Actualidad Laboral*, número 7. Pág. 804 y ss.

permitiría la valoración de las medidas de reestructuración empresarial el ámbito del grupo frente al punto de referencia tradicionalmente ligado a la personalidad jurídica y, por tanto, a la consideración aislada de las empresas integrantes. En la consideración que tratándose de un grupo de empresas las causas deben ser examinadas en el conjunto y no solamente en una de las empresas pues sólo así es posible determinar si concurre la causa alegada que justifique la extinción de los contratos.

En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de diciembre de 2013 (Rec. 324/2012)³⁹⁰, considera que el grupo de empresas como tal no puede promover un procedimiento de despido colectivo, aunque la decisión se haya tomado por la empresa dominante, al no estar contemplada legalmente esta posibilidad. En el mismo sentido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 330/2013), el Tribunal entiende que no puede dotar de relevancia jurídico-laboral a los grupos de empresas a pesar de la existencia de una dirección unitaria y su actuación en el mercado económico, aunque se haya demostrado la existencia de control accionarial y gestión mercantil unitario, al tiempo de la prestación de servicios de varios trabajadores conjuntamente para varias empresas. Y ello porque la actuación en el mercado como grupo, no supone un uso abusivo de la personalidad jurídica, pues no puede ser abusivo lo que está admitido por el Derecho Mercantil. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 2014/306), se pronuncia a favor de la libertad de gestión del grupo de empresas, útiles para el funcionamiento de la economía y, por tanto, irrelevantes para el Derecho Laboral, salvo que se pruebe el abuso de derecho en la utilización de la forma jurídicas.

Por su parte, para BAZ RODRÍGUEZ³⁹¹ “todo parece indicar que la ordenación legal del despido colectivo sigue descartando la posibilidad de que los derechos y

³⁹⁰ En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 (Proc. 257/2012).

³⁹¹ BAZ RODRÍGUEZ, J (2015). “El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo 2012-2014”. *Revista Trabajo y Derecho*, número 1.

obligaciones que en el mismo se contienen puedan sobrepasar la esfera subjetiva del empleador como centro de imputación. Establece así el artículo 51.8 ET que las obligaciones de información y documentación con motivo de un despido colectivo se aplican «con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerce el control sobre él». En la misma dirección DESDENTADO BONETE Y DESDENTADO AROCA³⁹² defiende la valoración de la causa en la empresa y no el grupo “por los propios términos de la ley, que en el art. 51.1 ET, al que se remite el art. 52. c), se refiere siempre a la empresa a la hora de fijar el ámbito de los despidos colectivo”.

La doctrina ha entendido la valoración de la causa en la empresa y no en el grupo sobre los siguientes basamentos: a) el legislador no ha incluido al grupo de empresas como centro de imputación de las medidas de despido colectivo; b) el grupo no es una unidad económica o empresarial, sino todo lo contrario, se caracterizan por ser personas jurídicamente y patrimonialmente independientes, sin perjuicio de las garantías y controles que procedan; c) las decisiones tomadas por alguna o algunas de las empresas del grupo afectaría al resto, atribuyéndoles las responsabilidades indiferenciadamente de todas las decisiones tomas por cualesquiera de las empresas que lo forman. Pensar en una posible responsabilidad objetiva de la sociedad dominante frente a los acreedores por los perjuicios causados por la dirección unitaria, por haber creado un funcionamiento integrado en la gestión económica y gestión de personal, conllevaría a reconocer al grupo como forma organizativa ilícita, desvirtuando la función económica para la que fueron creadas, caracterizada por la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial como organizativo. Por sí mismo, el grupo se configura como un agrupamiento de empresas

Pág.3. En el mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J (2013). “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”. *Revista Relaciones Laborales*, número 12. Pág. 129 y ss.

³⁹² DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 112 y ss. En este sentido, DEL REY GUANTER, S (1994). “Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas de la reforma -arts. 51 y 52, c) ET-“. *Revista Laboral*, número 17. Pág. 185.

jurídicamente independiente, pero sujetas a una dirección unitaria, convirtiéndose en un centro de tomas de decisiones que pueden tener efectos en las plantillas de sus empresas que, se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas; d) si nos fijamos solamente en determinadas actitudes fraudulentas o abusivas³⁹³ del grupo, en la medida en la que la figura del grupo se ve como vía para evitar responsabilidad y esquivar los derechos de los trabajadores o, pensamos en él como una unidad empresarial, nos alejaríamos de aquellas situaciones donde el grupo se ha diseñado para obtener la estructura organizativa adecuada que le permita adaptarse a los ciclos económicos y ser competitiva en el mercado condicionando futuras actuaciones de las sociedades individualmente consideradas y, e) sin perjuicio de la utilización de la figura jurídica de la personalidad jurídica con la finalidad de eludir las responsabilidades laborales y, por tanto, la consideración del grupo como ámbito de valoración de la reestructuración practicada.

Todo parece indicar que la ordenación legal no contempla a los grupos de empresas como entidad legitimada para poner en marcha un procedimiento de despido colectivo, sino a la empresa o al empresario³⁹⁴. Pero cuando la norma se refiere al grupo lo hace fuera de ese ámbito y para concretar obligaciones complementarias. Así lo hace el art. 51.8 ET, donde precisa que *“las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza control sobre él”*, subrayando, a continuación, *“que cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión*

³⁹³ MOLINA NAVARRETE, C. (2014). “Grupo de empresas y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos patológicos y fisiológico”. *Revista Actualidad Laboral*, número 07. Pág. 6“(…)el grupo es siempre una reconocida y reconocible técnica de «ilusión óptica», consistente en hacer ver, en el espacio de mercado, formalmente como dividido lo que funcionalmente está unido, sin que el fin principal de esta ilusión óptica resulte ser la alteración de la transparencia y equidad, societaria y contractual, de las relaciones jurídico-económicas realizadas en su seno”.

³⁹⁴ La Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, en su art. 1, encuadrado dentro de la sección I bajo el título *“definiciones y ámbito de aplicación”*, no contempla otro término diferente a empresario, pero tampoco lo define, a diferencia del concepto de representantes de trabajadores.

no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración al efecto". Una repetición de lo dispuesto en la Directiva 98/59/CE, en el art. 2.4 que prevé que las obligaciones de información y consultas, previstas en el número 1, 2 y 3 del art. 2, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él.

Así también, las previsiones del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, fijan la información a suministrar a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa como medio para garantizar un adecuado conocimiento de los mismos sobre las causas que origina el procedimiento y permitirles una adecuada participación en su solución.

En suma, y sin necesidad de ir más allá, habría quedado suficientemente acreditado, la inexistencia de una regulación de las causas de despido colectivo en el ámbito de grupo de empresas. La mención que hace al grupo nada tiene que ver con encuadrar las causas dentro del ámbito grupal, se trata de información complementaria a la principal, pero fundamental para negociar durante la fase de consultas³⁹⁵, lo que no convierte al grupo en promotor del despido colectivo ni el ámbito de valoración de la causa. La mención al grupo tan solo tiene transcendencia en el control judicial de la decisión empresarial en referencia a la obligación de aportar la documentación complementaria para la justificación de la causa económica. Está en el interés jurídico de la norma profundizar en las relaciones irregulares existentes entre las sociedades o dirigidas a colocar a alguna de ellas en situación económica negativa, lo que viene a constatar que, si bien jurídica y formalmente estamos ante distintas empresas,

³⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2013 (Rec. 324/2012). *"De hecho, la empresa dominante no está obligada, siquiera, a aportar la documentación ya citada, puesto que tanto la norma comunitaria, como el 51.8 ET, sitúan la responsabilidad en el empresario, promotor de la medida, quien no puede eludir las obligaciones de información y documentación, porque no se las haya facilitado la empresa dominante"*.

realmente, desde un punto de vista económico, son la misma. De manera que, a la hora de valorar la causa económica alegada por la empresa que inicia el procedimiento de despido, la misma debe constatarse en el seno de dicha empresa y la documentación aportada, precisamente *“para conocer la verdadera situación de la que adopta la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos”*³⁹⁶. Así, existiendo un grupo de empresas y no habiéndose facilitado en el periodo de consultas las cuentas de todas las integrantes quedaría justificada la nulidad del despido colectivo.

Pero, además, si se concibe al grupo como un empresario y le atribuimos todas las decisiones de las distintas empresas que los forman, las empresas del grupo pueden resultar perjudicadas por las decisiones del resto y, por tanto, destruida la función económica del grupo, la independencia jurídica de su miembros y separación de patrimonios. De esta manera, no sólo las empresas integrantes del grupo se exponen a los riesgos de las decisiones tomadas por la misma, sino también de las decisiones tomadas por el resto de las empresas que componen el grupo, lo que provocaría la huida hacia otras formas de organización económica que permitiera encontrar la estructura organizativa adecuada para lograr sus objetivos. En este caso, los trabajadores como acreedores sociales estarían expuestos no solo a las consecuencias de las tomas de decisiones de las sociedades a las que laboralmente están contratados sino también a los riesgos de otras sociedades del grupo. Piénsese que la extensión de la responsabilidad puede perjudicar a los acreedores minoritarios -entre ellos los trabajadores- de las sociedades integrantes del grupo, por la disminución del patrimonio de su empresa.

En correspondencia con lo anterior, habrá que deslindar si las relaciones empresariales responden a esquemas de colaboración en el tráfico mercantil y no

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017 (Rec. 14/2017).

generan efectos significativos en el ámbito laboral, si la empresa pretende realizar los despidos por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, la unidad de referencia es la empresa individualmente considerada³⁹⁷, independientemente que la decisión haya sido tomada por la empresa dominante³⁹⁸, de aquellas otras decisiones empresariales que persiguen una elusión de las responsabilidades laborales. De ahí que la legislación obligue a las empresas integrantes del grupo a aportar información y documentación complementaria a la empresa que inicia la medida, para conocer la verdadera realidad de las medidas.

3.1.1 Causas

El despido colectivo debe estar fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, incluso cuando afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa y se produzca por cesación total de su actividad empresarial. La empresa no sólo debe acreditarse la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca del modo en que las situaciones descritas -causas económicas, productivas, organizativas o técnicas- inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir y, además, probar la adecuación de las medias adoptadas.

Se entiende que concurren las causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas y, las técnicas, productivas y organizativas como desajustes entre los medios humanos y materiales disponibles y las necesidades de la

³⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 181/2014). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013). *“Del inmodificado relato de hechos de la sentencia de instancia no resulta dato alguno que permita sostener que estamos ante un grupo laboral de empresas, pues si bien no se discute que estamos ante un grupo de empresas mercantil - fundamentalmente hechos probados sexto, noveno, décimo tercero y décimo sexto- tal consideración no acarrea, como pretende el recurrente, que haya de considerar el número total de trabajadores del grupo para establecer el ámbito que se ha de considerar a efectos del número de trabajadores de la empleadora”*.

³⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec. 324/2012).

empresa o la conveniencia de una mejor organización de los recursos, causas desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables.

Desde otra perspectiva, las causas organizativas y técnicas son activas, responde a una decisión del empresario de cambiar la organización o la tecnología, desde el interior, al contrario que las causas económicas y productivas que son pasivas en cuanto se fijan independientemente de la voluntad del empresario, sin discriminar si ha existido o no una deficiente gestión empresarial³⁹⁹, salvo fraude de ley. Y es que, obviamente, la apreciación de una medida de despidos colectivos basada en una situación pasiva puede variar, según se trate de un grupo de empresas mercantil o patológico. Piénsese: en una estrategia empresarial que programa la concentración de trabajadores en las empresas más frágiles, desviación de patrimonio o infracapitalización de la sociedad con mayor plantilla y con mayores obligaciones laborales y ello, con la finalidad de justificar posteriores procesos de crisis y ajuste de plantilla.

Esta perspectiva lleva a plantear si la dirección unitaria ejercida desde el grupo sobre las empresas del mismo permite recaer sobre éste las consecuencias de las operaciones de reestructuración. En definitiva, se trata de distinguir si el ámbito de referencia es la empresa o el grupo de empresas en el que concurren los factores adicionales de ampliación de las responsabilidades. A este respecto, las causas se pueden reconducir a dos escenarios; en primer lugar, cuando las causas que delimitan el ámbito de la necesidad reorganizativa son económicas y productivas, en cuanto se fijan independientemente de la voluntad del empresario y, en segundo lugar, cuando las causas responden a una decisión del empresario de cambiar la organización o la tecnología.

En este contexto, las causas técnicas y organizativas que responden a una decisión del empresario, se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, siendo el

³⁹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 1799/2013).

marco de referencia allí donde se ha producido⁴⁰⁰ y, no más allá del ámbito de empresa⁴⁰¹. Cambios que pueden ser necesarios para la buena marcha de la empresa o aconsejable desde el punto de vista empresarial, no encuadrable en un entorno fraudulento y, fácilmente individualizadas respecto de las eventuales maniobras del grupo. En contrario, las causas económicas y productivas, pueden ser consecuencia de un ámbito defraudatorio y, es el que se va a estudiar a continuación.

3.1.2 Causas. económicas y productivas.

En principio no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del grupo, salvo en el marco de una conducta estratégica⁴⁰² utilizada en perjuicio del trabajador: se programan desviaciones patrimoniales de una sociedad a otra descapitalización de la empresa, disminuyendo su actividad a fin de

⁴⁰⁰ BLASCO PELLICER, A. (2014), "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario", en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 515. "En cuanto al ámbito de afectación de las causas técnicas, organizativas o productivas, también el Tribunal Supremo ha unificado doctrina (SSTS 13 de febrero 2002, Rec. 1436/2001, 21 de julio 2003, Rec. 4454/2002 y 21 de diciembre de 2012, Rec. 199/2012), en el sentido de que pueden actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una entidad productiva autónoma; cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o la posición en el mercado, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecie".

⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001). "*Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo. En definitiva, podría afirmarse que las causas tecnológicas, organizativas y de producción afectan al funcionamiento de una unidad, pero no colocan a la empresa en una situación económica negativa, todo ello sin descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras*".

⁴⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de diciembre de 2012 (Rec. 965/2012). Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) 11 de marzo de 1981 (Rec. 35.785/1980). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 (Rec. 641/2005). "*...para valorar la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo no es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del mismo grupo, excepto cuando se produzca una situación de unidad empresarial*".

justificar la extinción de contratos, redireccionando todos o la mayoría de clientes del grupo a una determina empresa del grupo; facturación de servicios entre empresas del grupo por debajo del valor de mercado; facturación en favor de varias empresas en detrimento de los trabajos realizados por otras empresas del grupo; o por estar ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, a través de la existencia de una confusión patrimonial o de una confusión de plantillas⁴⁰³. En este contexto, la comunicación de la responsabilidad no deviene de la dirección unitaria, sino del hecho de que esta se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores. El procedimiento de despido colectivo justificaría la responsabilidad del grupo en aquellas situaciones en las que las dificultades económicas de una sociedad del grupo son debidas a su pertenencia al grupo, y que, por tanto, está justificada la ruptura del beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de la comunicación de las responsabilidades empresariales.

De ahí que, se deriven de la Directiva 98/59, del art. 51.8 ET y el art. 4.5 RED 1483/2012, las obligaciones de aportación de información y documentación, precisamente *“para conocer la verdadera situación de la que adopta la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos”*⁴⁰⁴. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que dicha obligación de documentación tiene una finalidad meramente informativa, *“acerca de la limpieza de las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como la posible concurrencia de alguno de los*

⁴⁰³ En ocasiones, los grupos funcionan en régimen de caja única, centralizada en la empresa matriz que, atienden a todos los gastos de las diferentes empresas del grupo y, entre ellos, abonan los salarios de las distintas sociedades. Si bien, jurídica y formalmente son diversas empresas, el régimen económico en el que se encuentran tienen un difícil encaje contractual entre las empresas intervinientes, no existiendo garantías de que la contabilidad sea fiable y, por tanto, un elemento de juicio para extraer la existencia de un funcionamiento unitario por la concurrencia de confusión patrimonial. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 (Rec. 124/2012).

⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017 (Rec. 14/2017).

*elementos adicionales*⁴⁰⁵, para apreciar un grupo de empresas a efectos laborales o más bien, como un acto de transparencia económica y financiera en la gestión del grupo, dando a conocer la estructura real del grupo a la hora de facilitar la aplicación de la normativa laboral, cuando el interés jurídico de la norma lo exija, frente a la opacidad en la información económica y financiera que impida conocer la dimensión real de la empresa.

En estos casos la empresa promotora del despido colectivo encuadrada en un grupo de empresas, debe aportar las cuentas consolidadas, cuando sea obligatoria, y, en su defecto, las cuentas de todas las empresas del grupo auditadas⁴⁰⁶. De ello cabe deducir que no puede llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo, cuando la empresa no aporte la documentación perteneciente al resto de las sociedades con las que forma un grupo, con la finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, *“precisamente para conocer documentalmente la verdadera situación de la que adopta la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos”*⁴⁰⁷. Se deberá restaurar la situación anterior y, en su caso, el empleador deberá adoptar las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global.

En definitiva, para llevar a cabo la medida extintiva, se exige que la causa invocada concurra en la empresa promotora, que su valoración se efectúe en atención a la situación del grupo y que, de la documentación acreditativa de la causa, pueda hacerse efectivo el despido, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

⁴⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec. 324/2012). *“De hecho, la empresa dominante no está obligada, siquiera, a aportar la documentación ya citada, puesto que tanto la norma comunitaria, como el art. 51.8 ET, sitúan la responsabilidad en el empresario, promotor de la medida, quien no puede eludir las obligaciones de información y documentación, porque no se las haya facilitado la empresa dominante”*.

⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 43/2018).

pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. Piénsese, por ejemplo, en el deterioro de la cifra de negocio que pueden producir los cambios en la demanda de productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado y, ello obligue a la empresa adoptar medidas frente a dicha necesidad. En este caso, que entre empresas hayan existido en todo momento estrechas relaciones comerciales y de colaboración —circulación de trabajadores entre las sociedades del grupo— cuando la medida acreditase que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, resultaría irrelevante la prestación de servicios del trabajado para las diferentes empresas de grupo. El despido colectivo resultaría procedente por concurrir una reducción de ingresos y ventas, haciendo insostenible el mantenimiento de una plantilla, planificada para un volumen de actividad muy superior que justificaría la extinción de los puestos de trabajo, puesto que dicha correlación es el presupuesto básico para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 OIT⁴⁰⁸.

Dicho esto, en los despidos colectivos de una empresa integrada en un grupo de empresas, la concurrencia de la causa económica debe apreciarse en la empresa que insta el procedimiento en cuestión, desplegando la dirección unitaria sus efectos en el plano exclusivo de la comunicación de la responsabilidad empresarial⁴⁰⁹, sin dar lugar a la declaración de una empresa unitaria⁴¹⁰, salvo, en supuestos de reorganizaciones que

⁴⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012 (Rec. 167/2012). “...la modificación legal -se refiere al art. 51 ET- no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”.

⁴⁰⁹ No siendo lógico obligar al grupo a asumir pérdidas de empresas no rentables o no productivas o, a empresas rentables asumir las obligaciones del resto de las sociedades intervinientes del grupo.

⁴¹⁰ CAMPS RUIZ, L.M (1994), “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 39.

se persiga una elusión de las responsabilidades laborales, donde se debe de tener en cuenta la situación del grupo.

Hasta aquí, nada distinto de lo que se ha dicho anteriormente. Sin embargo, la situación global del grupo se debe de tener siempre y cuando se da un trasvase continuo de personal de unas empresas a otras sin solución, frente a la prestación de servicios del trabajador para alguna o algunas empresas del grupo. En el primer caso, la “promiscuidad” en el uso de la mano de obra, la valoración de la causa en el ámbito de grupo tendrá que ser considerada en el ámbito global del grupo. En cambio, para el segundo caso, la valoración tendrá que ser valorada no en el grupo, sino en el ámbito de prestación de los trabajadores. La situación negativa no debe apreciarse en todo el grupo, sino en aquellas empresas donde los trabajadores afectados por la medida han prestado sus servicios. En caso contrario, quedarían afectadas aquellas empresas por las decisiones adoptada por el resto.

Sin embargo, no se debe de olvidar que los grupos se configuran como un agrupamiento de empresas jurídicamente independiente, pero sujetas a una dirección unitaria, convirtiéndose en un centro de tomas de decisiones que pueden tener efectos en las plantillas de sus empresas que, se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas⁴¹¹. En estos casos, no cabe duda que el sometimiento de la sociedad filial al interés grupo, puede repercutir negativamente en la situación patrimonial y llevar aparejado un proceso de ajustes de empleo, motivado “por razones de buena organización, de eficacia en el funcionamiento, de orden fiscal o de exigencias legales”⁴¹², desde el momento que se admite y se legitima la subordinación de este interés al del grupo, a la hora de conocer la situación y las causas que puedan justificar la medida extintiva, no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra

⁴¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec. 324/2012).

⁴¹² PLA RODRIGUEZ, A. (1981), ob. cit., p. 181.

adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que conforman el grupo⁴¹³. En estos casos, los perjuicios a los trabajadores son consecuencia del lógico comportamiento de la estructura societaria y, no responden a un comportamiento fraudulento del grupo, más bien, nos encontramos ante ajustes de origen estructural.

3.2 Elemento funcional de referencia

A la hora de abordar el cómputo del número de trabajadores afectados por la decisión extintiva se debe decidir si ha de venir referido a los que sean en la totalidad de empresas del grupo como unidad de empresa laboral o, si el cómputo se hace en el ámbito específico de empresas, sin tomar en consideración los trabajadores de otras empresas del grupo.

Según el literal de lo dispuesto en el art. 51.1 ET, la legislación española utiliza la unidad de empresas como ámbito para el cómputo de los trabajadores. Por tanto, es preciso que se respeten los límites numéricos y temporales que establece el art. 51 ET, si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido colectivo⁴¹⁴ y no parece que haya sido intención del legislador fijar un ámbito distinto, cuando a través del Real

⁴¹³ GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA F. (2000). "Despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción". *Revista Relaciones Laborales*, número 4. Pág. 15. "En relación con los grupos de empresas, que la situación económica negativa y la falta de viabilidad futura de una empresa puede ser perfectamente individualizada respecto de la misma por su defectuosa organización y gestión, de modo que, salvo que existan indicios de actuación fraudulenta en relación con las otras empresas del grupo, y en especial con la dominante, no pueden negarse a la afectada las medidas adecuadas para garantizar la viabilidad por el hecho de que las otras gocen de una evolución favorable, pues ello equivaldría a mantener una especie de rémora que haría peligrar a todas ellas y aumentar el coste social del fracaso".

⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002 (Rec.588/2002). Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002 (Rec.2643/2001). "...es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52. c) y 51.1 ET; si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido objetivo. A este respecto, se destaca que el art.52. c) ET, impone, como una de sus exigencias esenciales, que la amortización de puestos de trabajo sea "en número inferior al establecido" en el art. 51.1 ET, presumiéndose en el párrafo último del apartado c), de este último artículo que cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en dicho artículo, la empresa realice extinciones en dicho contrato al amparo de lo dispuesto en el art. 52. c) ET en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas extinciones se considerarán en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Decreto-Ley 7/2011, de 19 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, como novedad se introdujo la regulación de la negociación colectiva en el ámbito supraempresarial y, en cambio, no se alteraron los umbrales para los grupos de empresa. Así, no existiendo un derecho a disponer libremente de los umbrales previstos en la norma para llevar a cabo un despido colectivo⁴¹⁵, el cómputo de trabajadores debe hacerse en el ámbito de empresa.

En ocasiones, puede llevar a confusión reconocer al grupo como una unidad empresarial y, en consecuencia, como unidad de referencia para efectuar el cómputo de trabajadores. Si concebimos, con carácter general, al grupo como empresario y le atribuimos la toma de decisiones de todas las empresas que lo integran y la responsabilidad de las mismas, al establecerse relaciones de colaboración entre las organizaciones productivas, quedan desvirtuadas todas las ventajas de este tipo de estructura empresariales. De manera que las sociedades integradas en el grupo no sólo asumirían el riesgo de sus propias decisiones, sino las del resto, reconociendo al grupo como forma de organización ilícita e inadecuada para adaptarse a las nuevas necesidades del mercado, lo que provocaría la búsqueda de una nueva estructura empresarial que permitiera adoptar medidas de flexibilización interna para adaptarse a los ciclos económicos.

En mi opinión, la posición de partida debe ser otra: admitir el principio general de la independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integradas en el grupo, sin perjuicio, de las garantías y controles que proceda. El error viene por no pensar que su estructura va más allá de conductas fraudulentas o abusivas y no contemplar que varias empresas puedan llevar a cabo una política económica de colaboración que no tiene por qué comportar necesariamente la

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal de 10 de octubre de 2017 (Rec. 86/2017). “Ante el referido problema la Sala ya ha sentado dos precedentes que habrán de conducir ahora a entender que esos umbrales que configuran la necesidad de llevar a cabo un despido colectivo cuan son alcanzados, de la misma manera impiden que la empresa opte por realizarlo cuando tales umbrales no se alcanzan, porque no existe en ese caso de un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -individual o colectivo”.

pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales, sin perjuicio de la comunicación de responsabilidad empresarial pero sin dar lugar a la declaración de la existencia de una empresa unitaria, lo que lastraría el resto de las decisiones que se fuesen a tomar.

Evidentemente, ello no es óbice para que ante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real que persiga eludir las responsabilidades laborales o, en general, cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio del trabajador, se establezca el grupo como unidad de referencia para efectuar el cómputo de trabajadores, como vía más garantista sometida a unos trámites previos que no son exigibles en el despido objetivo, declarando la nulidad de la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en los art. 51.2 o 51.7 ET -incumplimiento del trámite de consulta con los representantes de los trabajadores o de la constatación administrativa de la fuerza mayor- del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

4 Información y periodo de consultas

La posibilidad de encontrar unos interlocutores válidos en el proceso de extinción colectiva, así como la legitimidad para poner en marcha el proceso de despido colectivo en grupos de empresa, ha sido asumida con normalidad por la jurisprudencia, sin embargo, no ha encontrado encaje normativo hasta el momento.

Ni la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, ni el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, contemplan a los grupos de empresas como entidad legitimada para poner en marcha un procedimiento de despido colectivo. Lógicamente, con esa presunta falta

de legitimación, estas normas tampoco contemplan que la representación de los trabajadores en la preceptiva comisión negociadora se pueda integrar tomando como referencia ámbitos superiores a la empresa. El tenor en qué están enunciadas estas normas no apuntan a la posibilidad de un tratamiento específico a la hora de iniciar el expediente colectivo en grupos de empresas. Pero, a pesar de ello, hay que velar por el cumplimiento de las exigencias contenidas en las normas y en concreto en:

- La Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, en su art. 1, encuadrado dentro de la sección I bajo el título *“definiciones y ámbito de aplicación”*, no contempla otro término diferente a empresario, pero tampoco lo define, a diferencia del concepto de representantes de trabajadores.

Ahora bien, el art. 2.4 de la Directiva 98/59/CE prevé que las obligaciones de información y consultas, prevista en el número 1, 2 y 3 del art. 2, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él, lo que permite concluir, que el único destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación es el empresario, es decir, la persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despidos, sin imponer obligación a la empresa dominante a participar en el periodo de consultas⁴¹⁶.

- El art. 51 ET, en concordancia con la Directiva 98/59/CE, de 20 de Julio, hace mención a los grupos de empresa en su apartado 8, donde precisa que *“las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza control sobre él”*, subrayando, a continuación, *“que cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha*

⁴¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec. 324/2012).

facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración al efecto”.

Se hace evidente, por tanto, que, con independencia de que la decisión de los despidos colectivos sea decisión de la empresa dominante y sean proyectados sobre la empresa que emplea a los trabajadores, la primera no está obligada a llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores, ni aportar la documentación exigida legalmente. Es la empresa que emplea a los trabajadores la que está obligada como empresaria a llevar a cabo consultas con los representantes del trabajador y aportar la información y documentación exigida, sin que sirva de excusa que la empresa matriz no les haya facilitado la información.

- Finalmente, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, fija la información a suministrar a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa como medio para garantizar un adecuado conocimiento de los mismos sobre las causas que origina el procedimiento y permitirles una adecuada participación en su solución. El reglamento obliga a que la empresa aporte a los representantes de los trabajadores toda la documentación que exigen los artículos 3 a 5 y, en el supuesto concreto de grupos de empresas, *“la obligación de aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento o, si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan*

saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento, ex art. 4.5 del reglamento”.

No obstante, en coherencia con la Directiva 98/59/CE se trata de una norma de carácter mínimo respecto de la norma estatal que tiene como objetivo reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, mediante *“la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos...a fin...de reforzar la protección de los trabajadores”* y de superar las diferencias existentes a este respecto entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros, dada *“su incidencia en el funcionamiento del mercado interior”*. Para fortalecer esas medidas, la Directiva en su art. 5 establece que *“la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”*. Sin embargo, la norma interna no introdujo cambio alguno, la transposición de la Directiva en el art. 51.8 ET ha sido una copia literal de la Directiva.

La Directiva 98/59 persigue crear un marco de armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despido colectivo y precisar las obligaciones de los empresarios que forman parte de un grupo de empresas. La obligación de los Estados miembros de alcanzar el objetivo de una Directiva impone a los jueces y tribunales su interpretación a la luz de la letra y finalidad de la Directiva. Así lo razona la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de diciembre de 1995⁴¹⁷, señalando que el término de centro de trabajo, a efectos de la Directiva 98/89, constituye un concepto de derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. De modo que, a la luz de la jurisprudencia europea, en el Caso Akavan⁴¹⁸ el *“grupo de empresas formado por un*

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 1995 (Caso Rockfon C-449/93).

⁴¹⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 2009 (Caso Akavan C-2009/263).

sociedad matriz y una o varias filiales, la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores sólo nace, para la filial que tiene la condición de empresario, cuando se identifica dicha filial en la que pueden realizarse los despidos colectivos". La Sentencia vino a señalar que el empresario titular de los contratos de trabajo de los trabajadores que pueden ser despedidos, es el sujeto destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación de los despidos colectivo y, no el grupo de empresas.

Parece claro que la intervención en el período de consultas del despido colectivo de las empresas integradas en grupos de empresas mercantiles regulado en nuestro ordenamiento jurídico, está referida en todo momento a cada empresa. Cuestión diferente es, instado el despido colectivo en un grupo de empresas laboral, ¿quién tiene la legitimación para negociar en el periodo de consultas? Podría barajarse la opción de negociar en el período de consultas de acuerdo con las normas que contiene el art. 87 ET⁴¹⁹.

4.1 Aplicación analógica del art. 87 et al periodo de consultas del grupo de empresas laboral

Acudir a la analogía del art. 87 ET, para cubrir el vacío del legislador, podría encontrar su justificación en que dicho periodo constituye una manifestación de la negociación, como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de enero de 2005 (TJCE 2005/31) (C-188/03)⁴²⁰. Ahora bien, procede recordar que, al aplicar el Derecho interno y, en particular, las disposiciones de la negociación colectiva al periodo de consultas, como medida para alcanzar la finalidad del procedimiento de consulta, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva

⁴¹⁹ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 106.

⁴²⁰ "Por lo que se refiere al procedimiento de consulta, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, está previsto "con vistas a llegar a un acuerdo". Según el apartado 2 del mismo artículo, versa "como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento". De ello resulta que el artículo 2 impone una obligación de negociación".

98/59/CE, el periodo de consultas “no se rige, como en el caso de los convenios colectivos estatutarios, por el principio dispositivo, sino que viene regulado estrictamente por la norma legal aplicable que impide superar el ámbito negociador de la empresa”⁴²¹. En esencia, no se podría eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo de empresas, al regularse por una norma expresamente estatuida, en concreto, el art. 51.2 ET que se remite al art. 41.4 ET, que establece un único ámbito, el de empresa⁴²² o, en su caso, el de los centros de trabajo afectados y no otro distinto.

No obstante, acreditado que el empresario real es el grupo, bien podría entenderse la justificación del proceso único de negociación, participada por todas las empresas del grupo, desde un punto de vista procesal, en base a los siguientes argumentos:

- El art. 124 LRJS no contempla más que la impugnación del despido en su conjunto y, en consecuencia, en su apartado 11 establece tres contenidos posibles para el fallo, que son alternativos y excluyentes, de modo que la decisión empresarial sólo puede ser ajustada a Derecho, no ajustada a Derecho, o nula.
- Existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, mantener que procede parcelar el despido colectivo por centro de trabajo, un despido colectivo impugnado podría dar lugar a una declaración de nulidad, ajustada a Derecho y desajustada a Derecho al mismo tiempo, según las circunstancias existentes en cada centro de trabajo .
- Impugnado el despido colectivo, la sentencia firme o el acuerdo de conciliación tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, art. 124.13.b.2ª LRJS, cerrando la posibilidad de impugnar individualmente las extinciones, art. 160. 5 LRJS

⁴²¹ BAZ RODRÍGUEZ, J. (2015), ob. cit., p.15.

⁴²² MOLERO MARAÑON, Mª. L (2015), “Derecho de información y consulta y reestructuración de empresas, a debate. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número 2015/007, página 760.

En el grupo de empresa a efectos laborales, pensar en la posibilidad de articular en cada centro de trabajo una vía extintiva, conllevaría procesos negociadores distintos con menos garantías y con resultados diversos⁴²³. Por ejemplo, podría darse el caso en el que la vía extintiva, en un grupo de empresas a efectos laborales se parcelará por centro trabajo. Tomemos como ejemplo un grupo formado por tres empresas en las que la negociación concluya con acuerdo en dos ellas y sin acuerdo en la tercera. En este caso, ésta tercera podría impugnar la vía extintiva y solicitar nulidad del despido colectivo. Además, podría ocurrir que la demanda presentada no distinguiera entre centros de trabajo, ni mencionara irregularidad alguna en el período de consultas, ni alegara, ni probara, que no concurre causa organizativa, productiva o, económica que permita concluir que la extinción se efectuó en fraude de ley en los dos otros centros. Ello permitiría deducir que el despido colectivo de los dos centros de trabajo -donde se llega a un acuerdo en el periodo negociación- quedaría convalidado y, si se declara la nulidad del despido colectivo solicitado por el otro centro, la sentencia firme produciría efectos de cosa juzgada *“sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél”*, ex art. 160.5 LRJS. Este caso es a *“todas luces contrario a su derecho a la tutela judicial efectiva, evidentemente vulnerada al tener nuestra sentencia efectos de cosa juzgada”*⁴²⁴.

Entiendo que llegar a este extremo sería innecesario, en la medida que existe una vía que puede allanar el camino a la hora de determinar los sujetos legitimados para intervenir en el periodo de consultas y evitar que una negociación en el periodo de consultas mal articulada dé lugar a un largo peregrinaje en sede judicial.

⁴²³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2014 (Rec. 285/2013). *“Otra consideración debe hacerse sobre el hecho de que este tipo de negociaciones por separado puedan llevar a una puja a la baja en las condiciones de trabajo entre los distintos centros y/o empresas del grupo, por lo que las negociaciones llevadas por separado con los representantes de los trabajadores de cada una de ellas llevarían a este resultado, que legalmente parece de difícil aceptación”*.

⁴²⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012 (Rec. 109/2012).

Se trataría de determinar, de un lado, si se está en presencia de un conjunto de empresas, aunque jurídicamente independientes, pero que en la realidad se muestran como una única empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad; y, de otro lado, si se está en presencia de un grupo de sociedades regidas por la separación patrimonial y responsabilidad limitada de las empresas integrantes del grupo. De modo, que hay ajustar la intervención en el periodo de consultas, distinguiendo entre:

- Los grupos de empresas como entidades autónomas y jurídicamente independientes y, por tanto, responsables limitadamente en su ámbito de actuación, a pesar de que actúen económicamente bajo una dirección unitaria.

En este caso, el ámbito de negociación queda regulado por el art. 51.2 ET remite al art. 41.4 ET, el de empresa afectada por la medida extintiva⁴²⁵ y, no otro distinto.

La Ley admite un único ámbito, el de la empresa, lo que no quiere decir que, cuando se trata de un despido colectivo por causas económicas, en dicho periodo de consultas deben tener acceso a la documentación de la empresa y del grupo mercantil, art. 4.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, e incluso pueden solicitar legalmente toda aquella documentación que sea relevante para comprobar la realidad y extensión de las causas de despido⁴²⁶.

- Los grupos de empresas laborales. En estos casos ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de un conjunto de sociedades y, como consecuencia, se impone el principio de responsabilidad solidaria.

⁴²⁵ MOLERO MARAÑÓN, M.ª. L (2015), "Derecho de información y consulta y reestructuración de empresas, a debate. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número 2015/007, página 760.

⁴²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2013). "La enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor "ad solemnitatem", y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue".

Solamente, cuando dicho grupo se puede calificar como grupo de empresas laboral, el ámbito de negociación es el grupo y no cada una de las empresas que lo componen, puesto que “(...)el grupo laboral no hace sino representar el ámbito necesario de interlocución cuando las causas en las que el despido colectivo se sustenta se proyectan sobre las sociedades integrantes del grupo”⁴²⁷. Siendo más garantista que la negociación se lleve a nivel grupal y no parcelado empresa a empresa y ello porque una negociación por separado puede conllevar a una puja a la baja en las condiciones de trabajo entre las diferentes empresas del grupo.

Llegados a este punto, se hace necesario una reflexión. La negociación con el grupo de empresas a efectos laborales no es una obligación legal, existe un silencio del legislador que no necesariamente debe interpretarse como oposición a la posibilidad de que el grupo de empresas actúe en el procedimiento. Ahora bien, es difícil pensar que el grupo reconozca su patología a la hora de promover el despido colectivo, cuando es una figura ilícita bajo la apariencia formal de una empresa legalmente constituida.

En estas circunstancias puede ocurrir que la representación de los trabajadores exija que la negociación se realice con el grupo como tal y no parcelada empresa por empresa, dando la oportunidad al grupo de aceptar dicha negociación u oponerse, en cuyo caso, si queda acreditado en el juicio, que la empresa forma parte de un grupo de empresas a efectos laborales y se ha negado a negociar y/o a aportar la documentación legalmente exigida o aquella solicitada a la empresa como necesaria para tener una mejor posición en la negociación, la consecuencia a su negativa conllevaría a la nulidad de la medida extintiva⁴²⁸. Pueden darse situaciones a la inversa, donde la existencia del grupo se revela a la representación de los trabajadores para iniciar el despido colectivo y la representación de los trabajadores no está conforme en

⁴²⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Rec. 429/2016)

⁴²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014), Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2014 (Proc. 154/2013).

dicha opción negocial, el empresario no puede imponerla. La institución del grupo a efectos laborales no es una opción del empresario para obtener una ventaja en la negociación⁴²⁹, sino que es el marco creado por la jurisprudencia para proteger al trabajador, frente a los incumplimientos laborales del trabajador. Desde esta perspectiva, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 12 de junio de 2014 (Proc. 94/2014), sostiene que el periodo de consultas queda conformado desde la mala fe negocial de la parte empresarial, cuando quien presenta la medida colectiva es un grupo laboral, que hasta entonces no asumía la condición de empresario, sólo en el momento de iniciar el proceso de despido ha ocupado la posición de empresario.

Cosa distinta es la aceptación de la negociación en el ámbito del grupo, una vez reconocido el grupo por los trabajadores y manifiesto, que es laboral y las partes están conformes o⁴³⁰, cuando existen sentencias firmes que declaran la existencia de grupo de empresas laboral⁴³¹.

La adopción de acuerdo en el período de consultas, para que tengan la naturaleza y el valor jurídico requiere que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el art. 26 RD 1483/2012 y, además, que la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión que representen a la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de

⁴²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional 12 de junio de 2014 (Rec. 94/2014).

⁴³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013). Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 257/2012). “...si las empresas demandadas admiten pacíficamente su condición de grupo de empresas a efectos laborales, admitiéndose expresamente por todas las secciones sindicales presentes, salvo CGT, quien lo admitió tácitamente al aceptar la negociación global con el grupo de empresas como tal, ya que participó, sin protesta alguna, en una comisión sindical elegida conforme a la representatividad sindical de todas las empresas del grupo, teniéndose presente, por otra parte, que la medida empresarial pretendía la extinción de todos los contratos de trabajo con el cierre consiguiente, de todos sus centros de trabajo, debemos descartar que el grupo como tal no esté legitimado para promover el despido colectivo, por cuanto asume, con sus propios actos, refrendados por los propios actos de los sindicatos actuantes, que el grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores despedidos”.

⁴³¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2014 (Rec. 79/2014).

trabajo, art. 28 RD 1483/2012. Bajo estas circunstancias, no se puede rehuir de la relevancia que habría que dar al período de consultas en el que concurra la existencia de buena fe⁴³² y el respeto al procedimiento establecido, todo ello en el marco del art. 52 ET. En este contexto, es un hecho no cuestionable que existe un pacto vinculante entre las partes, fruto de la negociación colectiva que obliga a los firmantes al cumplimiento de su contenido.

4.2 Grupo de empresas.falta de información y documentación en la negociacion de un despido colectivo

Puede suceder que los representantes de los trabajadores en el período de consultas negocian pacíficamente con la empresa, sin exigir la información y documentación en presencia de un grupo y, posteriormente, pretendan que en sede judicial sea declarada la nulidad de la medida extintiva, porque la negociación no se realizó con el grupo como tal o porque no se aportó la documentación de todas las empresas del grupo. La cuestión a resolver es si alguna de las partes está legitimada para oponer la nulidad de lo pactado al cumplimiento de su contenido, o, pese a ello, prescindiendo de las razones por las que el ordenamiento aplica tan grave sanción a lo estipulado, el tribunal debe aquietarse en aras al principio que impide actuar contra los propios actos de las partes⁴³³.

Hasta la entrada del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la normativa procesal laboral contemplaba la previsión de declaración de nulidad de oficio o instancia de parte de la decisión extintiva de contratos de trabajo, si no se hubiese tramitado previamente la autorización administrativa. En realidad, lo que se impugnaba era la autorización administrativa de las medidas de extinción colectivas. Con la entrada del Real Decreto-Ley 3/2012, desaparece la autorización administrativa y lo que se impugna con la nueva redacción del art. 124 es el despido colectivo⁴³⁴

⁴³² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

⁴³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (Rec. 434/2009).

⁴³⁴ Pero solamente en la estricta materia de despido, no en cuales quiera otras materias.

realizado por el propio empresario⁴³⁵, desapareciendo la referencia de la nulidad de la extinción. Matizo, es cierto que aparece el fraude como causa de impugnación de la medida colectiva, art. 124.2.c⁴³⁶ LRJS, pero no aparece como supuesto de nulidad contemplado en el art. 124.11 LRJS. Solamente considera la declaración de nulidad respecto de los defectos procedimentales o de aportación documental –falta del periodo consulta, ausencia de la documentación prevista en el art. 51.2 E. T, no haber respectado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET u obtenido la autorización judicial del juez del concurso-, así como, cuando la medida se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En consecuencia, la omisión del fraude como causa de improcedencia ha de integrarse acudiendo al art. 6.4 CC⁴³⁷.

⁴³⁵ En el Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012. *“Se ha creado una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, cuya regulación persigue evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva. Además, se han suprimido apartados de otros preceptos que se referían a la autorización administrativa que se exigía hasta ahora en las suspensiones contractuales y reducciones de jornada temporales, así como en los despidos colectivos”*.

⁴³⁶ Siendo causas de impugnación las contenidas en el art.124.2 LRJS; *“a) que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista; c) que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; d) que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; e) omisión de la solicitud de la preceptiva autorización administrativa requerida para el despido por fuerza mayor, art. 51.7 ET; f) despido acordado sin la autorización del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista”*

⁴³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2014 (Rec. 142/2013).” (...) *sin mencionar la cuestionado «fraude». Pues bien, esta ausencia no resulta decisiva por las siguientes razones: a) tampoco el fraude está referido como determinante de que la decisión de la empresa resulte «no ajustada a Derecho» [pronunciamiento que se limita a la inexistencia de causa legal] y dado que tal defecto -fraude- es legal causa de impugnación de la decisión empresarial, por fuerza su acreditada existencia ha de determinar -ya en el propio esquema normativo de la LRJS- una sentencia favorable a la impugnación y necesariamente en uno de los dos sentido que el precepto contempla, o bien de decisión «no ajustada a Derecho» o bien de decisión «nula»; b) esta ausencia en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 CC , a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir»; c) tal consecuencia incluso tiene apoyo en sus antecedentes históricos - art. 3.1 CC -, pues la redacción del art. 124.9 LRJS que había sido dada por el precedente RD-ley 3/2012 de 10 de febrero, sí contemplaba expresamente el fraude como causa de nulidad, lo que refuerza la conclusión de que su falta de contemplación en el precepto entre tales causas tras la Ley 6/2012, de 6 de julio, obedece -efectivamente- a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna”*. Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (Rec.

Con la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el alcance de la intervención judicial y el pronunciamiento respecto de la impugnación de la medida extintiva, se queda simplemente en la valoración de la causa alegada existente⁴³⁸, en tanto en cuanto a la *“razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales”*⁴³⁹. El control judicial de la medida colectiva solamente entrará a debatir si cumple las tres facetas del juicio de razonabilidad de la medida extintiva adoptada por el empresario y, en el siguiente orden: a) constatar acreditada la existencia de la causa legalmente justificativa de la medida empresarial; b) adecuación de la medida adoptada y, c) proporcionalidad⁴⁴⁰ entre el objeto que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta⁴⁴¹.

115/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (Rec. 150/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014 (Rec. 261/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (Rec. 153/2013), 24 de junio de 2014 (Rec. 270/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 23/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (Rec. 309/13), Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (Rec. 59/2014).

⁴³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014 (Rec. 32/2014). *“El control judicial de la decisión empresarial conforme al Preámbulo de la Ley 3/2012.- Tal como adelantamos, el tercer motivo del recurso -con denuncia de interpretación errónea del art. 51.1ET - se destina a sostener que no han concurrido las causas productivas que justificasen la extinción de 26 contratos de trabajo, por defecto de «razonabilidad», entendiendo como presupuesto previo que «el control judicial ha de versar también sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario... efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos”.*

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (Rec. 231/2013). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 (Rec. 136/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014 (Rec. 32/2014).

⁴⁴⁰ Puede suceder que concurra la causa justificativa de la medida extintiva y, se haya producido un exceso en la determinación del número de trabajadores afectados. El problema que se plantea es si el Tribunal puede imponer un número de extinciones acorde con el objeto perseguido. Hasta el momento, los Tribunales han mantenido el mismo criterio, declarar la medida no ajustada a derecho. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 (Rec. 136/2013), ha considerado que *“cuando las medidas que tome el empleador, al hacer uso de las facultades que al respecto le otorga el art. 51 del ET., sean desproporcionadas, arbitrarias o irrazonables por el número de las extinciones acordadas, procederá su corrección declarando que las medidas tomadas no son ajustadas a derecho, pronunciamiento que se fundará, conforme al nº 11 del art. 124 de la LRJS, en la falta de prueba de la concurrencia de la causa legal esgrimida, por cuanto, aparte de probarse la concurrencia de la causa*

En momento alguno la representación legal de los trabajadores puede pretender que se declare la nulidad del despido, por entender que el período de consultas no se ha desarrollado en el ámbito adecuado. Más aún, cuando la representación de los trabajadores conoce y acepta las medidas extintivas, habiendo considerado que, efectivamente, las causas justificadoras concurrían en el supuesto. Si la representación de los trabajadores se desdice de lo pactado, ello se opone no sólo al derecho de la negociación colectiva, sino también al acuerdo que vincula a los trabajadores afectados por la medida, lo que hace aplicable las reglas del Derecho Común en materia de obligaciones y contratos.

La anterior consideración hace poner en valor la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, cuyo principio ha sido construido sobre la base de la buena fe del art. 7.1 CC.⁴⁴². Así, el principio invocado solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla⁴⁴³. Y para que opere tal vinculación se requiere la concurrencia de los

económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido". En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec.158/2013), *"como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos"*. Voto Particular.

⁴⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero 2014 (Rec. 100/2013).

⁴⁴² Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona de 27 de noviembre de 2014. (Rec. 1111/2013). *"El principio general reseñado, que rechaza el valor de la posición contradictoria e incongruente -"venire contra factum proprium non valet"- y que es desarrollo del apotegma clásico "proprium factum nemo impugnare potest", adquiere sentido sobre todo en el campo obligacional subsumido en el de buena fe, art. 7.1 CC"*. Aparte de muchas anteriores, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (Rec. 8/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006 (Rec. 2659/2005), Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2013 (Rec. 22/2012), Sentencia del Tribunal Supremo 11 de marzo de 2013 (Rec. 70/2012), Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Julio de 2013 (Rec. 100/2012).

⁴⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 16 de junio de 1984. (Número 388/1984). Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 25 de septiembre de 1987. (Número 580/1987). Sentencia del

siguientes requisitos:” a) *la existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; b) que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior; c) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables*”⁴⁴⁴.

Por tanto, la representación de los trabajadores, habiendo considerado que, efectivamente, las causas justificadoras concurren en el supuesto infringe la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Supremo⁴⁴⁵ al convalidar la actitud de los trabajadores que aceptaron las medidas empresariales y luego son impugnadas cuando se les da la carta que oficializa la medida consensuada en el periodo de consultas. En cierta manera, puede pensarse que la parte empresarial no ha proporcionado informaciones pertinentes a los representantes de los trabajadores, tal y como dispone el art. 64.1 ET., para tener un conocimiento preciso de la situación de la empresa y pueda proceder a su examen. La información cumple dos finalidades: por un lado, permitir que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil⁴⁴⁶; y, por otro, la información habrá de versar necesariamente sobre las causas alegadas por el empresario, así como su adecuación a

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 20 febrero 1990 (Número 105/1990). Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 1994. (Rec. 4043/1992).

⁴⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (Rec. 434/2009).

⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017 (Rec. 3844/2015).“(…)ha sido construido sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC [SSTC 67/1984, de 7/Junio ; 73/1988, de 21/Abril ; y 198/1988, de 24/Octubre] y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que causen estado -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla”.

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 2009 (Caso Akavan C-2009/263).

las medidas propuestas⁴⁴⁷. La Sala del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del alcance del requisito de la entrega de la documentación a los representantes de los trabajadores "y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 (el empresario «deberá aportar»), así como del 124 LRJS (se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse - razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue (proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo (art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal (art. 207.c) LRJS "⁴⁴⁸. Ahora bien, cabe que dicha documentación sea insuficiente para los representantes, en cuyo caso deberán reclamarla al empresario en el periodo de consultas, acreditando su relevancia⁴⁴⁹ para la negociación del periodo de consultas para que, en caso de no aportarse, se declare la nulidad de la medida⁴⁵⁰. Pero, si nadie formula protesta sobre la insuficiencia de información en el acta de negociación levantada, no existe ningún incumplimiento empresarial en la documentación

⁴⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014).

⁴⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2013)

⁴⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014).

⁴⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 01 de abril de 2013 (Rec. 17/2013). Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2014 (Rec. 493/2013).

aportada en el período de consultas, al haber aportado en el período de consultas y, al haber concluido con acuerdo. En este sentido, la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo sobre la necesidad de aportar la documentación requerida puede resumirse *“diciendo que la buena fe en el periodo de consultas requiere aportar la documentación suficiente que funda los despidos, pues esa obligación es finalística y se cumple si se logra el fin perseguido por la norma que establece un requisito "ad probationem" y no "ad solemnitatem", deber que se entiende cumplido cuando la negociación termina con acuerdo por lo antes dicho”*⁴⁵¹. Por tanto, no toda ausencia de documentación determina inexorablemente la nulidad del despido colectivo, sino únicamente aquella que los representantes de los trabajadores puedan acreditar como relevante y necesaria a efectos de realizar su labor negociadora.

La información no reclamada expresamente a lo largo del periodo de consultas por la comisión negociadora no tendría presunción de necesidad, lo que hace pensar que la representación ha dado por buena la documentación aportada, partiendo de la base de la no existencia de un grupo empresarial a efectos laborales, pues, de lo contrario, la existencia de un principio de prueba que suscite la sospecha de que bajo la apariencia jurídica creada realmente se esconde un grupo de empresas a efectos laborales, quien tiene fácil limitarse a pedir la aportación de la oportuna documentación al respecto, es la representación de los trabajadores, máxime cuando la carga de la prueba de la existencia del grupo de empresas laborales recaerá sobre la misma⁴⁵² en aplicación de la teoría del levantamiento del velo⁴⁵³. De lo contrario, se puede concluir que la representación obró de mala fe, vaciando de contenido el periodo de consultas, considerándolo como un mero trámite preceptivo, en lugar de una verdadera negociación colectiva, que obliga a empresarios y representantes de los trabajadores, a intentar llegar a un acuerdo mediante la negociación de buena fe. Sin

⁴⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2016 (Rec.128/2016)

⁴⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 (Rec. 15/2014).

⁴⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005 (Rec. 150/2004).

embargo, queda conculcada la buena fe negocial⁴⁵⁴, cuando inmediatamente la representación de los trabajadores impugna el acuerdo⁴⁵⁵. La negociación no se trata de un mero trámite, obliga a negociar con el objetivo de evitar el despido colectivo, reducir sus consecuencias y reducir sus efectos sobre los trabajadores afectados.

En realidad, la representación de los trabajadores actúa contra sus propios actos al impugnar el acuerdo consensuado entre las partes. A pesar que la legislación carece de norma específica que prohíba actuar contra los propios actos, un sector de la doctrina y jurisprudencia coinciden en que el principio “*venire contra factum proprium non valet*” -no es lícito actuar contra los propios actos-, constituye una manifestación del art. 7.1 CC. Otro sector de la doctrina, propone una aplicación amplia de la regla *nemo propriam causam turpitudinem allegare potest* que constituye una peculiar manifestación de dicho principio, de tal forma que no puede invocar la nulidad la parte que ha provocado la nulidad⁴⁵⁶. Si una de las partes va contra sus propios actos y se desdice de lo pactado afrontando una decisión que vulnera dicho pacto, en estas circunstancias, no puede una de las partes, sin contradecir el principio *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* -que preceptúa que se puede invocar el dolo propio para lograr una ventaja- actuar como si no se hubiese sometido voluntariamente al acuerdo. Sin que se deba olvidar que el juzgador podrá tener en cuenta cumplidos los requisitos legales durante el periodo de consultas y la efectividad de las causas justificadoras del despido, por el hecho de que los representantes de los trabajadores han llegado a un acuerdo⁴⁵⁷. Teniendo “*valor probatorio reforzado*”⁴⁵⁸ la existencia de acuerdo y las declaraciones contenidas en el mismo.

⁴⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2013).

⁴⁵⁵ Art. 103.1 LRJS. “*El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido*”.

⁴⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 2012 (Rec. 434/2009).

⁴⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2016).

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2016 (Rec. 128/2016).

Este planteamiento choca de lleno con el criterio que la jurisprudencia y la doctrina viene defendiendo unánimemente y es que, si el empresario real es el grupo de empresas a efectos laborales, el ámbito de negociación debe ser el grupo⁴⁵⁹, no siendo una opción la negociación a nivel grupal sino una obligación⁴⁶⁰. Sin embargo, no existiendo obligación legal de negociación a nivel de grupal, excepcionalmente, se ha aceptado la negociación en el ámbito grupal cuando los datos objetivos que llevan a la responsabilidad laboral del grupo no se ocultan, ni responde a una actuación con finalidad defraudadora ni atienden a abuso alguno cuando los representantes de los trabajadores aceptan la negociación en dicho ámbito o, cuando se ha reconocido en sentencia la existencia del grupo a efectos laborales.

En otras ocasiones, la negociación de las medidas colectivas de despido, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el marco del grupo de empresas se han impugnado al considerar que no es la adecuada para la negociación, en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014).

4.2.1 El caso particular de la sentencia de la audiencia nacional de 12 de junio de 2014

Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014), en el que siete compañías realizaban independientemente la actividad de

⁴⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre 2012 (Rec. 4340/2011), Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2012 (Rec. 124/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 152/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional 18 de diciembre de 2012 (Rec. 257/2012), Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec. 324/2012).

⁴⁶⁰ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L (2015), ob. cit., p. 760. “Ahora bien, lo que sí parece claro es que, si el grupo de empresas es laboral, el ámbito de negociación del período de consultas debe ser el de grupo de forma obligatoria, y no de forma voluntaria y disponible para las partes, como si de una única empresa se tratara, constituyéndose una unidad de negociación integrada por todas las empresas del grupo, requiriéndose, seguramente, un pronunciamiento legal al respecto que adapte la normativa de los artículos 51. y 41.4 ET a dicha realidad grupal que está presente de forma persistente en nuestro tejido productivo como objeto de la reestructuración”.

fabricación, venta y distribución de bebidas refrescantes licenciadas por la titular de la marca “A”, en España, Portugal y Andorra.

4.2.2 Hechos probados de la sentencia

Con fecha 08 de marzo de 2012, distintas embotelladoras del producto “A” habían firmado un protocolo para la formación de un embotellador único y definir las líneas rectoras para su integración en una nueva sociedad creada con el objetivo de llevar de manera única y exclusiva la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de “A” en España, Portugal y Andorra. Estando prevista para la fecha de la integración la entrada en vigor de un nuevo contrato de embotellador entre la nueva sociedad que se iba a constituir y “A Company” y “A Export Corporation”. El 03 de octubre de 2012 los embotelladores celebraron el acuerdo de constitución del embotellador ibérico único -en adelante CCIP-, y, en diciembre de 2012, se formuló consulta a la Dirección General de Tributos para determinar el alcance e incidencia tributaria de la operación de integración y, notificación a la Comisión Nacional de la Competencia sobre el alcance de dicha operación en ese específico ámbito.

El 24 enero de 2013 fue suscrito el contrato de integración entre BEGANO, COBEGA, Cobega Embotellador S.L.U., ASTURBEGA, CASBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR, REFRIGE, Frutos y Zumos S.A. y CCIP. En ese contrato se prevé reestructuraciones en ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA y NORBEGA -venta de activos, permutas, ampliación de capital, cierre de fábricas, despidos, traslados, etc....-, estableciéndose un plazo de 18 meses desde la fecha de ejecución de la integración con objeto de realizar las verificaciones necesarias y como plazo para la exigencia de responsabilidades a los aportantes.

Los acuerdos entre “A Company” y “A Export Corporation” con ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR Y REFRIGE licenciando el derecho a fabricar, empaquetar, distribuir y vender bebidas bajo las marcas de la empresa en España y Portugal terminaron su vigencia el 21 de febrero de 2013 y no fueron renovados, pero con fecha 22 de febrero de 2013, “A Company”, “A

Export Corporation” y CCIP suscribieron dos acuerdos de embotellado bajo los cuales CCIP queda autorizado para preparar envasar, distribuir y vender las bebidas fabricadas bajo las marcas establecidas en los territorios de España y Portugal.

Con fecha 31 de diciembre de 2012, el capital social de la nueva sociedad se suscribe en su totalidad por las compañías integrante de la misma y el 7 de mayo de 2013 se aprobó una ampliación de capital, mediante la aportación de las acciones y participaciones de las siete sociedades y, la posterior adquisición de las nuevas acciones de CCIP por los socios y accionistas de las sociedades fundadoras del grupo.

En junio de 2013, CCIP inició el proceso de integración de estructuras corporativas, reorganizando diversas áreas funcionales de dirección gestión y administración para coordinar las previamente existentes o integrarlas en una única. Del mismo modo, se fueron designando otros puestos adjuntos a los directivos, así como personal de los servicios ya centralizados de atención al cliente, comercial, marketing, servicio financiero, de facturación y tesorería, compras, recursos humanos, control de calidad y proyectos de ingeniería. Respecto del personal de producción solamente se llevó a cabo la integración de un técnico en el grupo que tenía como función implantar sistemas operativos en todos los embotelladores, otra persona responsable de coordinar la planificación de la producción. Para el proyecto de estandarización de cajas “bag in box” y durante un mes prestaron servicios comunes dos personas. Todos los trabajadores siguen contratados por empresas del grupo, no por CCIP. La sociedad matriz -CCIP- es quien recibe, vende, factura a los clientes y distribuye los pedidos entre las empresas del grupo, de manera que estas no compiten entre sí.

Se estableció un sistema de *cash pooling* o gestión centralizada de tesorería entre las empresas del grupo. Se creó un grupo de consolidación fiscal a efectos de I.V.A e Impuesto de Sociedades, en el que aparecía CCIP como sociedad dominante. Los gastos relacionados con el proyecto de integración se imputaban exclusivamente a determinadas sociedades para tener un mejor control de los mismos, incluso si estos gastos repercutían en otras empresas del grupo, pero se volvían a facturar después para cumplir las obligaciones fiscales y con la política de precios de transferencia.

En septiembre de 2013 se aprobaron criterios unificados en materia de recursos humanos y contratación de servicios externos. En el año 2012 se comenzó a planificar la unificación de nóminas y otros sistemas de recursos humanos. En el año 2013 el proyecto de nóminas inició su fase de diseño e implantación, alcanzado plena funcionalidad en enero 2014, siendo éste el primer mes en el que el cálculo se hizo bajo el mismo sistema, con un mismo formato de nómina para todas las sociedades, aunque conservando las particularidades y conceptos salariales que tiene como empleados del embotellador de que se trate. En materia de protección de datos personales se ha contratado a una empresa para unificación de criterios y herramientas integrales de gestión. También se han unificado sistemas de gestión de envases y etiquetado de los productos embotellados por las empresas del grupo CCIP, comenzado a aparecer CCIP como embotellador en lugar de la concreta empresa embotelladora en junio de 2013. En ese mismo mes se unificó el sitio web de la empresa y las direcciones de correo electrónico corporativas. También el papel corporativo y las tarjetas de visita que se utilizan son comunes y giran bajo la imagen de CCIP.

CCIP encargó un estudio técnico sobre la situación productiva y su reorganización. De hecho, este estudio sirve de base para plantear las medidas de reestructuración de plantilla, sobre la base de las siguientes conclusiones; a) reducción de la producción, con una evolución hacia formatos mayores y canales de menor rentabilidad; y b) tras la integración se producen solapamientos y redundancias, que deberán ser resueltas para el ahorro de coste. Como solución propone, el cierre de Fuenlabrada, Asturias, Palma de Mallorca y Alicante y el traslado de su producción a otros centros, en concreto la de Alicante sería absorbida por Valencia, la de Mallorca por la de Barcelona, la de Oviedo por la de Bilbao y la de Madrid por Valencia, Bilbao y Sevilla. Con un ahorro anual estimado de 33.000.000,00 euros.

En enero de 2014, el director de relaciones laborales, dirigió una carta en nombre del Grupo CCIP, a los representantes de los trabajadores y a los delegados sindicales de todas las empresas, informando de que el grupo, considerado a efectos laborales, iba a iniciar un procedimiento de despido colectivo y de movilidad geográfica y de

modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como consecuencia se les insta a formar la comisión negociadora para los periodos de consultas correspondientes a tales procedimientos, optando entre formar dicha comisión negociadora a partir de las secciones sindicales o a través de las representaciones unitarias y, en su caso, comisiones ad hoc conforme al art. 41. 4 ET.

El sindicato CSIF y el sindicato USO asumieron la participación por medio de sus respectivas secciones sindicales. UGT aceptó la misma solución, pero manifestando tener dudas sobre si CCIP tenía capacidad jurídica y legal para presentar el procedimiento de despido colectivo, por lo que pedían que se acreditase esa capacidad lo antes posible. El sindicato CC.OO. no contestó a esa comunicación. Ante ello, el día 20 de enero el representante del Grupo CCIP dirigió al Secretario de Acción Sindical de la Federación Estatal Agroalimentaria de CC.OO. otra carta comunicándole que los otros tres sindicatos habían designado un total de nueve miembros de la comisión negociadora y convocando con ello una reunión a celebrar en Madrid el día 22 de enero de 2014 para comunicar el inicio del periodo de consultas, entregar documentación y solicitar el informe requerido por el artículo 64.5 apartados a) y b) del ET.

Entre los días 22 de enero y 21 de febrero de 2014, se llevaron a cabo reuniones dentro del periodo de consultas. La empresa comunicó la adopción de medidas colectivas de despido, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Señalando que el número de extinciones alcanzaría hasta 1253 contratos cuya causa sería organizativa y productiva, remitiéndose a la memoria e informe técnico entregado a la representación sindical. Proponiendo bajas incentivadas y recolocación en otros centros de trabajo.

El periodo de consultas, se desarrolló en seis sesiones:

- El 22 de enero de 2014. UGT, CCOO y CSIF manifestaron dudas sobre la existencia de grupo de empresas laboral.
- El día 28 de enero de 2014, UGT manifestó que el despido colectivo no podía plantearse como grupo de empresas y que por dicha causa el

despido era nulo e ilegal. CSIF y CCOO, se adhirieron a la manifestación de UGT, solicitando que los despidos se tramitasen separadamente por empresas y no como grupo de CCIP, por cuanto el grupo de sociedades se había realizado en el nivel accionarial, pero no en el laboral. USO manifestó su rechazo al expediente y, reclamó que se clarificara el problema de la negociación como grupo. Se requirió por parte CCOO cierta documentación. El representante de la empresa explicó la reorganización prevista y los motivos de cierre de las plantas.

- El día 05 de febrero. CCOO se negó a firmar el acta de la sesión anterior por no estar de acuerdo con la composición de la mesa negociadora. La sesión se levantó debido a la ausencia de algunos miembros. Se reanuda el día 06 de febrero. La empresa da respuesta a la documentación requerida por CCOO. Tras ello UGT y CCOO manifiestan que no existe causa, que el sector está cambiando desde hace años y, no justifica las medidas a adoptar. USO manifiesta que el cierre de las plantas de Asturias, Alicante y Baleares no son aceptables con el informe técnico presentado. CSIF manifiesta la necesidad de estudios sobre el impacto económico que tendrán las medidas reestructuración, transportes, capacidad de producción ante un aumento de la demanda. Finalmente, se solicitó más documentación e información.
- El día 12 y 13 de febrero continuaron las negociaciones. CCOO y UGT se niegan a firmar las actas de la sesión anterior si no se reconsidera el cierre de los centros de trabajo. La empresa levanta la lesión al no aportar ninguna propuesta los sindicatos. Se retoma las negociaciones el día 13 de febrero, CCOO y UGT firman las actas de las sesiones anteriores y, reiteran su solicitud de información y documentación, que la empresa entrega. El asesor de CCOO manifiesta que el grupo de sociedades acaba de nacer y no constituye un grupo a efectos laborales y no entiende justificado el cierre de la planta de Fuenlabrada, con un volumen de utilización del 78%. Manteniendo que han de retirarse las

medidas colectivas propuestas para iniciar un proceso de negociación durante seis meses en el que además habrían de converger los convenios colectivos de las distintas embotelladoras. La empresa responde a las peticiones y manifestaciones de CCOO y después de varias aclaraciones y un intento de entrega de documentación que las partes sociales se niegan a recibir y la empresa manifiesta que enviará por correo electrónico finaliza la reunión.

- El día 18 de febrero, la empresa hace una nueva propuesta con objeto de cerrar el periodo de consultas con acuerdo, pero CCOO y UGT, no aceptan el cierre de ninguna fábrica y con el cierre de fábricas no hay acuerdo. La sesión se levanta y prosigue el día 19 de febrero. No hay quorum para continuar las negociaciones, debido a que UGT no se presenta, justificando su ausencia ante la falta de garantía de la integridad física de los integrantes de la mesa negociadora, como consecuencias de las amenazas recibidas contra el portavoz y el responsable de la organización a través de las redes sociales. A pesar de ello, continua la reunión para continuar para dialogar. CCOO, USO y CSIF reiteran su posición de no firmar el acuerdo si se cierran fábricas.
- El día 21 de febrero se celebró la última reunión. Finaliza el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa tomará una decisión, aunque manifiesta que no debe cerrarse la interlocución. CCOO adjunta un escrito donde manifiesta que no existe grupo de empresas y, quien debería haber estado en la negociación era "Company A", que es quien está tomando las decisiones y la responsable de la integración. CCIP, niega que sea parte en el proceso.

Paralelamente al periodo de consultas, los sindicatos registraron una convocatoria de huelga en las siete embotelladoras y en CCIP con la pretensión de que se retirase el expediente de regulación de empleo. Los trabajadores de la fábrica de Fuenlabrada, hicieron seguimiento masivo de la huelga indefinida hasta la finalización del periodo de

consultas. De esta manera, el producto de la planta de Fuenlabrada dejó de fabricarse durante el mes de febrero, sin embargo, fue sustituido por el fabricado en otras embotelladoras de CCIP que no abastecía nunca la zona centro.

Investigados los hechos por la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, lo consideró contrarios al derecho fundamental de huelga y constitutivo de infracción administrativa.

Finalmente, el 27 de febrero de 2017 la empresa adoptó la decisión de despido colectivo basado en las causas organizativas y productivas expuestas en el informe técnico y memoria presentada, afectando a 1190 trabajadores. CCIP, envió una carta a los trabajadores que podía acogerse a las medidas voluntarias informando de las posibilidades que tenían y concediendo un plazo hasta el 14 de marzo. Terminado el plazo de acogimiento voluntario a las medidas propuestas, las empresas del grupo procedieron a seleccionar a los trabajadores que serían despidos.

La ejecución de los despidos supuso el cierre de las plantas de Fuenlabrada, Asturias, Palma de Mallorca y Alicante.

4.2.3 Impugnación de las medidas

Los sindicatos UGT y CCO, presentaron demanda contra las medidas propuestas por la empresa solicitando la nulidad del despido colectivo por un conjunto de once causas, parte de las cuales constituirían la vulneración de derechos fundamentales y, subsidiariamente, en caso que se desestimase la nulidad del despido, se declare no ajustado a derecho por no concurrir las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa. Y para el caso de que se declarase el despido colectivo ajustado a derecho, se declare el derecho de todos los trabajadores despidos a percibir las mismas indemnizaciones, tanto los trabajadores adheridos voluntariamente al despido como aquellos que no prestaron la adhesión al mismo.

El sindicato CSIF alega en su demanda, la indebida configuración del despido, al no estar ante un grupo de empresas laboral y, la desproporción entre la causa alega y la medida alegada y la inexistencia de las causas de despido, por lo que solicita, la

declaración de nulidad del despido colectivo o, subsidiariamente, se declarase el despido no ajustado a derecho.

A continuación, el Tribunal pasa a dar respuesta a las demandas que frente al despido plantearon UGT, CCOO y CSI y considera nulo el expediente de regulación de empleo y obliga a la readmisión de los trabajadores despidos y al pago de los salarios dejados de percibir, como consecuencia de la nulidad de la medida adoptada por la empresa. Del listado de causas de nulidad el Tribunal sustenta el fallo de su decisión en tres motivos: a) la negociación de la medida en el marco del grupo de empresas no es la adecuada y es que; al Tribunal le sorprendía como durante el periodo de consultas se negociará un convenio colectivo a nivel de empresa -Casbega- y no con el grupo CCIP- y, al mismo tiempo, otras conductas que a pesar de que en el periodo de consultas CCIP alega la existencia de grupo de empresas laboral como auténtico empleador, los trabajadores seguían dados de alta cada uno por cuenta de sus respectivas empresas y, no habían sido dados de alta por cuenta del grupo, considerando el Tribunal una falta de buena fe negocial; b) incumplimiento de las obligaciones de información y documentación para negociar el expediente de regulación de empleo e incluye un motivo más que la representación sindical obvia; y c) vulneración del derecho de huelga.

4.2.3.1 *Negociación de la medida en el marco del grupo de empresas*

Admitida la integración de la comisión negociadora por secciones sindicales de grupo, el Tribunal entra a valorar una de las causas alegadas por la representación de los trabajadores, la incorrecta delimitación del ámbito de la negociación, *“al hacerla coincidir artificialmente con un inexistente grupo de empresas a efectos laborales”*. A lo largo del fundamento décimo segundo la sentencia realiza un completo recorrido del marco legal europeo y español, en el ámbito de la representación de los trabajadores que han de negociar en el periodo de consultas de los despidos colectivos. En primer lugar, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 marzo de 2002 sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en la CE. En segundo lugar, la Directiva 94/45/CE, sobre la constitución de

un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta de empresas y grupos de dimensión comunitaria. Y, en tercer lugar, la directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos. Pero, más interés tiene cuando añade como dato relevante, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁶¹ de la Directiva 98/95/CE, que el ámbito de negociación colectiva previa al despido colectivo no es grupo de sociedades, sino la empresa individualmente considerada. Por consiguiente, la negociación debe llevarse a cabo en el nivel de empresa o inferior a empresa, si bien la doctrina nacional ha considerado la extensión de la negociación a nivel grupal, solamente cuando exista un grupo de empresas a efectos laborales⁴⁶², que es el que en realidad asume la posición de único empleador y las responsabilidades frente a todos los trabajadores de las empresas que lo componen. Por tanto, el Tribunal se plantea la necesidad de determinar si el grupo CCIP tiene la condición unitaria de empresas a efectos laborales o no, a la hora de decidir el ámbito de negociación.

La parte demandada se postula que no solamente tiene la condición de grupo de sociedades mercantil, sino también su condición de grupo de empresas, amparada por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de febrero de 2013, sobre la base de dos requisitos previos, la dirección unitaria efectiva y, funcionamiento coordinado en el mercado. En base a ello, la parte demandada construye su legitimación en el proceso de negociación, al considerar que unos mismos hechos “*no pueden existir y dejar de existir*” para los órganos del Estado vulnerando de esta forma

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 2009 (Caso Akavan C-2009/263).

⁴⁶² Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2014 (Rec. 285/2013). “*Y desde este punto de vista lo que podría llegar a cuestionarse, precisamente, son las negociaciones separadas por centros, que es lo que permite este tipo de pujas a la baja en las condiciones de trabajo, pero no, como se pretende, la negociación unitaria, que es lo jurídicamente exigible, como se ha razonado. Y en la misma las garantías se han reforzado al llevar a cabo sesiones separadas para tratar las cuestiones específicas de cada centro, pero sin condicionar el resultado global de la negociación al resultado de dichas reuniones separadas, que es lo que sería contrario a dicha lógica unitaria. Desde este punto de vista lo que podría cuestionarse son las negociaciones separadas habidas con anterioridad (que no son objeto de este proceso), pero no, precisamente, la negociación conjunta que es la que aquí se cuestiona*”.

el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica como reconoce la doctrina constitucional en la materia. No obstante, cuando no existe cosa juzgada, el Tribunal matiza, que el órgano llamado a resolver en segundo lugar no está obligado a seguir el criterio precedente, pero sí debe razonar la separación del mismo⁴⁶³. Lo dicho conduce al Tribunal a analizar si realmente se está ante un grupo de empresas a efectos laborales, “*como cuestión (prejudicial) estrictamente laboral, en aplicación de los dispuesto en el art. 1.2 ET*”⁴⁶⁴ para determinar si la empresa demandada actuó adecuadamente al llevar a cabo el proceso de negociación del periodo de consultas. Acorde con este planteamiento, los Tribunales pueden penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y “*levantar su velo*” al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados.

El Tribunal hace una descripción detallada de la problemática de los grupos de empresas a efectos laborales y, aplicándolos a los hechos probados, concluye que el grupo CCIP es un grupo de empresas laboral, al concurrir las siguientes circunstancias:

- La existencia de una prestación indiferencia de servicios.

La Sala entiende que existe un prestamismo laboral de un conjunto relevante de trabajadores, que son los que ocupan toda la estructura central del grupo, sus directivos y los departamentos que gestionan las compras, comercial, operativo, recursos humanos, atención al cliente, marketing, servicio financiero, de facturación y tesorería, planificación de la demanda, control de calidad y proyectos generales.

- El establecimiento de un sistema de *cash pooling* o gestión centralizada de tesorería entre las empresas del grupo, sin que quede acreditado que los saldos de las distintas sociedades y sus aportaciones estén contabilizados adecuadamente.

⁴⁶³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014).” *Por ejemplo, cuando la sentencia precedente se ha pronunciado incidenter tantum o cuando no se trata de una sentencia, sino de la resolución de un órgano administrativo, como aquí ocurre*”.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Andaluía, Granada de fecha 22 de mayo de 2013 (Rec. 680/2013).

- En cuanto a la dirección unitaria, son dirigidas en el propio interés económico de CCIP, lo que “*es una situación de dirección abusiva*”.
- Centralización de las compras y ventas de los productos.

En definitiva, tanto el Tribunal como las empresas demandadas coinciden en la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y no un grupo de sociedades mercantil. Criterio que no comparto en base a los siguientes argumentos:

- La existencia de una prestación indiferencia de servicios.

Únicamente tres trabajadores estaban contratados por CCIP, el resto de trabajadores que prestaban servicios para el grupo pertenecían a las diferentes empresas embotelladoras. El Tribunal reconoce que su número es cuantitativamente pequeño, puesto en relación con la plantilla total de las empresas embotelladoras y esa confusión de plantillas se encuentra en fase de desarrollo que se incrementará con motivo de la ejecución del despido colectivo⁴⁶⁵.

En consecuencia, si solamente afecta a unos pocos trabajadores lo que existirá es una solidaridad en la relación laboral de dichos concretos trabajadores, pero no un grupo laboral en sentido estricto.

- La existencia de un sistema de *cash pooling* o gestión centralizada de tesorería entre las empresas del grupo.

En realidad, lo que se ha constituido es un grupo de empresas desde el punto de vista mercantil. No siendo determinante por sí mismo la existencia de una gestión centralizada de tesorería para la acreditación de un grupo de empresas con efectos

⁴⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 330/ 2013). “*También hemos visto como la jurisprudencia permite que el grupo tenga centros de trabajo comunes, sin que ello signifique que el mismo sea patológico a efectos laborales y la concurrencia de diversos trabajadores del grupo en dicho centro, tampoco supone la irregularidad laboral del grupo, mientras no se acredite que prestan servicios en forma indiferenciada, lo que la Sala estima que no ha ocurrido en este caso*”.

laborales si no se ha dado una confusión patrimonial⁴⁶⁶ o se utilice para descapitalizar unas empresas por otras.

Además, es un hecho como la representación sindical no cuestiona la irregularidad de las operaciones entre las empresas. Las irregularidades contables las relativiza a las empresas individualmente consideradas, relevantes a la hora de apreciar las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa no, como sustento determinante para la justificación de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales⁴⁶⁷.

- En cuanto a la dirección unitaria, son dirigidas en el propio interés económico de CCIP, lo que *“es una situación de dirección abusiva”*.

No es contrario a derecho que CCIP gestione los contratos con sus clientes y distribuya los pedidos entre las empresas del grupo, de manera que, éstas no compiten entre sí.

Abusivo sería si dirige todos los pedidos a una sola de las empresas embotelladoras, con fines fraudulentos. De esta forma se descapitalizaría el resto de las empresas, que incurrían en pérdidas con la finalidad de despedir a los trabajadores⁴⁶⁸, al no derivarles carga de trabajo.

Como se ha constatado a lo largo del presente trabajo, la dirección unitaria no es un elemento adicional para la extensión de la responsabilidad solidaria, por muy intensa que pudiera ser, siendo una característica propia del grupo de empresas mercantil⁴⁶⁹.

- Centralización de las compras y ventas de los productos.

⁴⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2013 (Rec. 324/2013).

⁴⁶⁷ *“Se sostiene que las empresas embotelladoras tienen beneficios muy significativos, concurriendo además algunas irregularidades contables y ocultación de información relevante para apreciar la causa”*.

⁴⁶⁸ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2015), ob. cit., p. 04.

⁴⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

CCIPP no tiene medios de producción y “no, consta que todas estas operaciones vinculadas se estén contabilizando en las diferentes sociedades y que se haga con arreglo razonable”.

No puede considerarse ilícito que CCIPP coordine la compra y venta de productos⁴⁷⁰, tan solo por el mero hecho de no tener medios de producción⁴⁷¹. Nada impide que CCIP pueda ostentar el control directo o indirecto de otras sociedades del grupo. En realidad, existe una política empresarial común, manifestada en el reparto del mercado, distribución de competencias y coordinación de actividades, donde CCIP ostenta el control del resto de las embotelladoras, conforme el art. 42 del Código de Comercio.

En este supuesto, se da la circunstancia de sociedades jurídicamente independientes pero sometidos a una dirección económica común, lo que conformaría un grupo de sociedades mercantiles y, no un grupo de empresas a efectos laborales.

4.2.3.2 *Incumplimiento de las obligaciones de información y documentación*

El Tribunal resalta que, “hay que tener en cuenta que, incluso si el grupo de empresas laboral fuese una figura organizativa lícita como consecuencia de la reestructuración societaria y el proceso de concentración”, se debería haber informado a los representantes de los trabajadores de estos cambios. La sentencia, construye un argumento sobre la base de la existencia de una sucesión de empresas, consecuencia de la reestructuración societaria y proceso de concentración, al

⁴⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013 (Rec. 381/2012). La coordinación y centralización de las actividades de las empresas del grupo no son determinantes de la existencia de un grupo a efectos laborales.

⁴⁷¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2013 (Rec. 257/2013). “No creemos tampoco, que la centralización de servicios o la utilización de servicios comunes convierta al grupo mercantil en grupo a efectos laborales, por cuanto uno de los objetivos de la centralización de servicios empresarial es la promoción de economías de escala que permitan abaratar costes a las empresas del grupo en su conjunto, como destaca STS 27-05-2013, rec. 78/2012, donde se precisa que no es requisito suficiente la utilización de infraestructuras comunes. - Deberíamos llegar a distinta conclusión, si se hubiera acreditado, que los servicios prestados (Management fees) no se facturaban a precio de mercado”.

producirse el cambio de titularidad del contrato de una empresa al grupo y, por tanto, se habrían incumplido las obligaciones que establece el art. 44 ET, a pesar, que se optó por un proceso de integración de sociedades en un grupo de dirigido por CCIP en lugar de proceder a una fusión. La fusión no se realizó, pero la realidad es que el resultado para el Tribunal fue el mismo que si se hubiera producido la fusión⁴⁷², al compeler a las empresas integradas en CCIP a facilitar la información a la representación sindical por el cambio de titularidad.

A continuación, se trata como el Tribunal ha dado forma a la falta de información para la adopción de medida en atención: a) a los efectos de incumplimiento de las obligaciones que establece el art. 44 ET y, b) obligaciones de documentación e información del art. 51 ET

4.2.3.2.1 El tratamiento dado por el tribunal a la falta de información y documentación conforme al art.44 et

El Tribunal parte del argumento que el cambio de titularidad del contrato de una empresa al grupo, incluso si el grupo fuese una figura lícita, es un supuesto de sucesión de empresas de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Tanto en el ámbito empresarial como el grupal, para que opere la sucesión de empresas dos son los requisitos que finalmente deben concurrir: a) uno de carácter subjetivo, la existencia de un cedente -antiguo empresario- y un cesionario -nuevo empresario- y, otro; b) de carácter objetivo, la transmisión de la empresa o un centro de trabajo o unidad productiva autónoma que permita una explotación económica independiente, esto es, un conjunto organizado de medios personales, materiales o inmateriales que permita el ejercicio de una actividad económica que un

⁴⁷² Voto particular a la Sentencia dictada en el recurso de casación número 354/2014. “No constan las causas por las que se optó por un proceso de concentración de sociedades y creación de un grupo dirigido por una nueva sociedad creada al efecto en lugar de proceder a una fusión que llevaba al mismo resultado la existencia de una sociedad de la que dependían toda la actividad y empleados de la otra. Seguramente no se hizo así porque el proceso de fusión era más complicado, largo y costoso por requerir más formalidades, pero la realidad es que el resultado fue, prácticamente, el mismo: creación de una empresa que organizaba y dirigía toda la actividad de las empresas integradas”.

objetivo propio. En el caso concreto, respecto del carácter subjetivo, no se da la existencia de un cedente y un cesionario, simplemente, se ha producido un proceso de integración de las sociedades en el grupo CCIP, conservando cada una de las sociedades su actividad de embotellado, etiquetado y distribución de la mercancía. Prueba de ello es, que todos los trabajadores siguen contratados por empresas del grupo, no por CCIP y, es ésta quien tiene la licencia para embotellar, etiquetar y distribuir el producto, quien recibe los pedidos y los distribuye entre las empresas del grupo y, factura a los clientes. Por tanto, tampoco queda probado la existencia del elemento objetivo, para considerar la existencia de una sucesión⁴⁷³. Puede resultar controvertido el hecho que la Comisión Nacional de la Competencia considere que lo que se ha producido es una fusión de todos los embotelladores. Pero, conforme el art. 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades, la fusión implica la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan o bien, la absorción de una o más sociedades por otra ya existentes, extinguiéndose las sociedades absorbidas. En momento, alguno las empresas embotelladoras se extinguen tras la formación del grupo CCIP, de modo que, no puede darse a discusión la existencia o no de fusión, pues no la habido. Lo que no impide que las empresas notifiquen en cumplimiento de art. 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la operación de concentración económica prevista a la Comisión Nacional de la Competencia en la letra c del art. 7 de la misma, es decir, la creación de una empresa en participación y, en general, *“la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñan de esta forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma”*. Control que CCIP

⁴⁷³ DESDENTADO BONETE, A. (2015). “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, de 1 de julio de 2015, número 4, pág. 421. “En estos casos no se produce la sustitución de un empresario por otro como consecuencia de la transmisión del establecimiento empresarial. La formación del grupo es muy distinta, pues donde había solo un empresario van entrando otros –las sociedades que integran el grupo–, de forma que puede afirmarse que una posición empresarial única va ampliándose hacia una posición empresarial plural, sin que haya salido el primer empresario. Nada tiene que ver esto con el art. 44 ET; más bien se trata de lo contrario”.

ostenta, al ser titular de todas las acciones de las sociedades fundadoras conformando un grupo de sociedades conforme art. 42 CC. Pero, no solo se produce una reunificación económica, sino que también queda patente su actuación conjunta en el mercado manifestada en la coordinación de sus actividades y reparto de mercados. “De esta forma, lo que inicialmente podía parecer un grupo horizontal por coordinación se convierte en un grupo vertical de control, con CCIP como sociedad dominante”⁴⁷⁴. En consecuencia, la conformación del grupo CCIPP no se encuentra incluido dentro del supuesto del art. 44 ET y, por tanto, no hace necesario informar a los representantes de los trabajadores de la integración de las sociedades en el grupo, conforme dicta el apartado 6 de artículo. En cualquier caso, la falta de notificación a los representantes, se limitarán a sanciones administrativas, art. 7.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁴⁷⁵. Pero la insuficiencia de información a los representantes no es en este caso trascendente, pues el art. 44.6 ET no condiciona la negociación en el periodo de consultas y, sin embargo, el Tribunal traslada estas ilicitudes al periodo de consultas en relación con la buena fe negocial CCIP. En todo momento, se debe aislar, la información requerida en el 44.6 E. T de la realidad del conflicto laboral sobre la que se proyectó. De la información demanda en la transmisión de empresas se pasa al periodo de consultas cuando el cambio de titularidad lleve aparejadas medidas laborales, en este supuesto el trámite debe ser, el contemplado en el art. 51 ET para medidas extintivas. En caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el estatuto de los trabajadores, las consecuencias son muy distintas en cada uno de los escenarios planteados. Por un lado, hay una sanción administrativa grave, cuando la información de la transmisión de empresa no es

⁴⁷⁴ DESDENTADO BONETE, A. (2015), ob. cit., p.421

⁴⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1989 (Número 1134/1989).” *La notificación del cambio de titularidad a los representantes de los trabajadores(...)ni la misma es requisito para la validez del cambio de titularidad*”. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (Número 602/1988).” *...esta falta de notificación puede llegar a tener relevancia para fijar la fecha de la cesión o la verdadera identidad de cesionario*”.

aportada a los representantes de la empresa, pero se tiene por realizada la transmisión, en cambio, la falta de documentación en el periodo de consulta, conlleva la nulidad del despido colectivo.

El incumplimiento de las obligaciones de información de la reestructuración empresarial operada, el Tribunal la proyecta sobre el periodo de consultas del despido, al considerar que concurre mala fe negocial porque en ese momento la información y documentación sobre la constitución del grupo era incompleta. En cualquier caso, se produce un proceso de integración, se crea un empresa matriz -CCIP- que, asume la dirección del grupo y toma decisiones en todas las empresas por ser titular de todas sus acciones⁴⁷⁶, pero en este caso, no se ha dado un proceso de fusión, escisión de empresas, transformación de sociedades y cesión global de activo y pasivos amparada por la Directiva 2011/35/UE de Parlamento Europeo y Consejo, de 05 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. En el hipotético caso que se hubiese dado una subrogación empresarial, el art. 44.6 ET incorpora la obligación del cedente y cesionario a facilitar una serie de información de la transmisión a los representantes de los trabajadores; la fecha del traspaso, los motivos, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores, y medidas previstas respecto de los trabajadores. Deber de información que debe llevarse a cabo con la suficiente antelación y, en todo caso, en los supuestos de fusión y escisión de sociedades, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que ha de adoptar los respectivos acuerdos, art. 44.8 ET. Pues bien, en este caso nos encontramos con que el proceso de integración que se inicia el 24 de enero de 2013, con la firma del contrato

⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1994 (Rec. 547/1994). *“La empresa en la que primeramente prestaron sus servicios los trabajadores afectados por el conflicto colectivo mantuvo y conserva su propia personalidad, según, con valor de hecho probado, se declara en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. No fue absorbida por «Telefónica», pues lo que hizo ésta fue adquirir la totalidad de sus acciones. No cabe entender, por tanto, que concurre en el caso la premisa fáctica, sobre la que descansaban las previsiones del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y sobre la que ahora lo hace el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no ha habido transmisión del conjunto organizado, para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa”*.

de integración, y se puso en marcha el 01 de junio de 2013, prácticamente, un año después, el Tribunal plantea la infracción del incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación sobre la constitución del grupo. En cualquier caso, dicho incumplimiento de información es sancionable administrativamente⁴⁷⁷, lo que excluye cualquier tipo de motivo de nulidad por ese motivo.

Ahora bien, condicionar la eficacia de la creación del grupo de empresas a una previa comunicación a la representación de los trabajadores sobre la reestructuración proyectadas, no es en ese caso trascendente, porque:

- El despido de trabajadores no trae causa en una transmisión de empresas, por cuanto se conservan los puestos de trabajos en idénticas condiciones.
- El expediente de regulación de empleo tiene lugar en un momento temporalmente lejano a la fecha de transmisión, un año aproximadamente después del proceso de integración empresarial.
- La existencia del grupo no nace por un acto de constitución que pueda concretarse en el tiempo⁴⁷⁸, ahora bien, la falta de notificación al supuesto concreto podría tener relevancia para fijar la fecha de cesión o la verdadera identidad del cesionario, pero no se está ante uno de los supuestos del art. 44 ET⁴⁷⁹.
- La conducta omisiva en la aportación de esa documentación no afectó a la existencia de un verdadero periodo de consultas, máxime cuando fue aceptada

⁴⁷⁷ DESDENTADO BONETE, A. (2002). "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 38. Pág. 261.

⁴⁷⁸ DESDENTADO BONETE, A. (2015), ob. cit., p.421.

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (Número 602/1988). "La falta de notificación a los representantes de los trabajadores no es en este caso trascendente, pues el art. 44 citado no condiciona la eficacia de la cesión a una previa comunicación que admite pueda ser efectuada incluso por el cesionario; esta falta de notificación puede llegar a tener relevancia para fijar la fecha de la cesión o la verdadera identidad de cesionario, lo que en este caso no se cuestiona al haberse sustituido por la comunicación a cada uno de los afectados (no requerida por dicho precepto) con indicación precisa de tales datos".

sin mayor oposición la representatividad de la sociedad matriz -CCIP- para negociar y, la falta de comunicación sobre su constitución no es causa de nulidad del despido colectivo, porque era un hecho conocido por la representación de los trabajadores que, conocían la existencia de la reorganización empresarial, aunque lo negaban.

Recapitulando, se optó por un proceso de integración de sociedades y creación de un grupo dirigido por una sociedad matriz, manteniendo las distintas entidades su personalidad jurídica. A pesar que las sociedades transmitieron a la empresa creada las acciones o participaciones sociales, en momento alguno se produjo un proceso de transmisión o fusión de empresas, en consecuencia, no aplica el contenido del art. 44 ET, porque en momento alguno se está hablando de sucesión de empresas y, solamente en estos casos es de obligado cumplimiento la información a los representantes de los trabajadores⁴⁸⁰. Pero en el hipotético caso que se plantease la obligación de aportar dicha información y no fuese aportada, la sanción contemplada no es la nulidad del despido, sino una sanción administrativa. Además, el Tribunal plantea la nulidad sobre una causa no alegada por la representación de los trabajadores. En momento alguno se plantea por la parte social la falta de información del art. 44 ET. Tan solo se alega la falta de información del *plan industrial* y el listado de trabajadores contratados temporalmente, extralimitándose el Tribunal al aludir a cuestiones que no han sido planteadas por la parte demandante y, por tanto, no controvertidas.

Ahora bien, podría pensarse que debería haberse informado es el cambio en la titularidad del contrato de una empresa al grupo. La legislación no establece la

⁴⁸⁰ ESTEVE SEGARRA, A. (2014), ob. cit., p.15. “Pero si incluso, se prescindiera de lo anterior, y se aceptara como premisa, a efectos puramente dialécticos, que la integración en el grupo constituía un supuesto de transmisión de empresa, cabe recordar que los deberes de información previstos en el art. 44 del ET, están circunscritos a la existencia de fenómenos de sucesión, no a la existencia de un grupo y son de mucha menor intensidad que los existentes en los supuestos de reorganización empresarial, amén de que la omisión de la información sobre los extremos previstos en el art. 44 ET originaría un incumplimiento formal de las obligaciones empresariales.”

obligación de las empresas a desarrollar un procedimiento de información sobre las decisiones del empresario a la hora de conformar un grupo, además, la formación de un grupo patológico no nace de un procedimiento de constitución reglado, simplemente, se constituye a partir de la determinación de una circunstancia⁴⁸¹ y, en este caso, es el órgano jurisdiccional el que determinará la existencia de un grupo laboral o no. En cualquier caso, la no información de la reestructuración societaria no impidió a los representantes de los trabajadores no poseer en el momento de la negociación información del grupo y de las empresas individualmente consideradas, por tanto, quedaría suficiente compresada la falta de información solicita en virtud del art. 44 ET con la entrega de documentación en el periodo de consultas.

4.2.3.2.2 El tratamiento dado por el tribunal a la falta de información y documentación conforme al art. 51 ET

El Tribunal considera que la empresa no ha proporcionado la información reclamada por la representación sindical a la empresa “sobre cuál era la forma de distribuir la producción entre plantas y líneas antes de la reestructuración y cómo se prevé hacerlo después”. Considera que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones de información de suficiente gravedad para sustentar la nulidad de las medidas colectivas, al no proporcionar la empresa información “relevante para valorar causas y negociar la posibilidad de evitar o reducir los despidos y sus efectos”, bajo la denominación *plan industrial* y, la falta de entrega a los representantes de los trabajadores de la contabilidad real de las empresas

4.2.3.2.2.1 *Falta del plan industrial*

Lo cierto es que la Sentencia no contiene información suficiente como para ver, o no, la trascendencia del *plan industrial* en el periodo de consultas; pero, es llamativo como la representación sindical en el hecho décimo séptimo coincidiendo con la segunda reunión del periodo de consultas, reclama todo un extenso sumario de información e incluye al final de la petición un *plan industrial y lo necesario para*

⁴⁸¹ DESDENTADO BONETE, A. (2015), ob. cit., p. 421.

valorar el impacto del despido". Sin embargo, en momento alguno por parte de la representación sindical se ha argumentado la transcendencia de ese *plan industrial*, sin el cual no se ha podido articular debidamente la defensa de sus intereses en el periodo de consultas⁴⁸², pues no basta la mera aliteración sobre la supuesta necesidad de los documentos, de que la información citada era imprescindible para la negociación del periodo de consultas, porque la carga de la prueba corresponde a la representación de los trabajadores⁴⁸³. El representante de la empresa explicó en la segunda reunión la reorganización prevista y los motivos de cierre de las plantas y, en la tercera y cuarta reunión, comparece una persona de las empresas para responder a las manifestaciones y peticiones de la representación sindical y se produce un intento de entregar documentación que las partes sociales se niegan a recibir y la empresa manifiesta que enviará por correo electrónico finalizada la reunión. Independientemente de las aclaraciones realizadas por las empresas demandadas, insisten en el *plan industrial*. Tras la integración de las embotelladoras en el Grupo CCIP, se produce la necesidad de amortizar puestos de trabajo, que deben ser resueltos para viabilizar un proyecto eficiente, con lo que es una medida razonable extinguir el contrato de trabajo de alguno de esos puestos de trabajo sobrantes, dándose los requisitos para la extinción, cosa distinta es que, a la vista de la reestructuración organizativa planteada, las extinciones sean razonables y proporcionadas acreditando con ello objetivamente las medidas laborales. En este momento, se hace necesario establecer la correspondencia entre la necesidad de reordenación y el número de trabajadores, *"realizando un examen pormenorizado área por área y función por función, que acredita la ineficiencia de un gran número de*

⁴⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 20 de diciembre de 2013 (Rec. 1660/2013).

⁴⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014). Como señala el Fiscal..." *el grupo se constituyó lícitamente y ningún fraude puede apreciarse en su constitución con arreglo a ley. Quien alega que otro actúa en fraude de ley debe probarlo, pues la actuación fraudulenta no puede presumirse en quien actúa conforme a ley y de manera pública*".

*puestos de trabajo en la nueva organización*⁴⁸⁴, así como economías de escala o sinergias y adaptación de modelo operativos, que acrediten la amortización de los puestos de trabajo⁴⁸⁵. En realidad, el Tribunal debió de emitir no solo *“un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada”*⁴⁸⁶ y realmente, sobre la base de la comisión informativa anuda la consecuencia de nulidad del despido, al considerar relevante la información reclamada respecto de *plan industrial* y la relación de trabajadores temporales para valorar las causas y negociar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos y sus efectos.

La falta de información requerida no es causa de nulidad del despido colectivo, porque la información no es relevante para determinar la causa, simplemente por el hecho de que cualquier proceso de integración exige, necesariamente, una reorganización empresarial de la nueva estructura productiva⁴⁸⁷. Por tanto, la integración de las embotelladoras en CCIP por sí misma provoca la concurrencia de causa organizativa, siendo el órgano jurisdiccional quien entraría a valorar la adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada, cosa que no hizo.

En este sentido, la Audiencia Nacional no sustenta los motivos de nulidad del despido colectivo en la inexistencia de causas productivas y organizativas, estimación que hubiese conducido a declarar la improcedencia de los despidos, pues, como se ha puesto de manifiesto, el proceso de integración de empresas por sí misma provoca la concurrencia de la causa. Pero tampoco los defectos formales comprometen la validez del procedimiento, porque desde el inicio el empresario ha entregado la

⁴⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2016 (Rec. 311/2015).

⁴⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2016 (Rec. 311/2015).

⁴⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014). *“Así lo señalábamos en la STS/4ª/Pleno de 18 febrero 2014 (Rec. 96/2013), en la que aplicábamos al despido colectivo la doctrina sentada al respecto para la modificación sustancial de condiciones de condiciones en la STS/4ª de 27 enero 2014 (Rec. 100/2013)”*.

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 (Rec. 87/2014).

documentación prevista en el art. 51.2 ET para el periodo de consultas⁴⁸⁸, ya que los posibles defectos quedaron subsanados; y, cuando la impugnación, como es el caso, tenga por objeto que se declare la nulidad del mismo por falta de documentación solicitada no prevista normativamente, no vicia el proceso de negociación cuando no es necesaria a efectos de valorar la concurrencia de la causa, pues, como se ha dicho con anterioridad, causa existe, porque, existe un proceso de reestructuración empresarial. Además, la conducta omisiva en la aportación de esa documentación no afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas máxime cuando la posición inicial de la empresa se modificó de 1253 despidos a 1190 porque se mantendría los almacenes de Asturias, Palma de Mallorca y un equipo soporte en Valencia, se mejoraron las condiciones económicas de los afectados por las prejubilaciones, movilidad geográfica y extinciones, entre otras. Variaciones, que hubo en la oferta empresarial, el día 18 de febrero y, que el Tribunal considera de *“muy sustanciales y reservando condiciones de extraordinaria generosidad a los trabajadores que aceptase la movilidad geográfica, confiriendo e introduciendo mejoras significativas en las condiciones de prejubilación...”* y, la representación de los trabajadores rechaza.

⁴⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014). Fundamento de Derecho Décimo Séptimo. *“Ese efecto no lo puede tener la omisión de datos de plantilla sobre trabajadores temporales que serían en realidad fijos discontinuos, según se dice, porque no se ha aportado prueba alguna y ni siquiera indicio de que tal situación se produzca. Hemos de negar también tal efecto a la falta de las cuentas consolidadas del ejercicio 2012 de Asturbega, Begano y Rendelsur, por la razón de que es una documentación inexistente y de imposible aportación. Ha quedado acreditado que a 31 de diciembre de 2012 y como consecuencia de la reestructuración societaria de las sociedades embotelladoras para ajustar su patrimonio al denominado “perímetro” de la integración, tanto Asturbega como Rendelsur habían dejado de tener la condición de grupos de sociedades mercantiles. Ni una ni otra tenían ya sociedades filiales y solamente Rendelsur aparece con una empresa asociada, Lusobega S.L., pero el artículo 42 del Código de Comercio no obliga a consolidar las cuentas con sociedades de las llamadas asociadas, respecto a las cuales no tiene el control, salvo que se acredite el ejercicio del control por vías distintas a la titularidad de la mayoría del capital social, en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, lo que no se ha hecho. Por su parte a 31 de diciembre de 2012 ha quedado acreditado que Begano era empresa cuyo capital pertenecía a Cobega, de manera que sí se ha presentado la contabilidad consolidada del grupo en que se integra, pero bajo la cabecera de Cobega, que es la sociedad dominante “.*

4.2.3.2.2.2 *Falta de entrega a los representantes de los trabajadores la contabilidad real de las empresas*

El Tribunal hace suyo el argumento de la representación sindical y además, apunala la ilicitud de las medidas sobre una serie de incumplimientos que no han sido manifestados por la representación de los trabajadores. Ilicitud que el Tribunal anuda al incumplimiento de la legalidad laboral y contable y, en consecuencia, dichas irregularidades no pueden operar en su propio beneficio, en cierta medida, irregularidades que según el Tribunal, tienen una cierta analogía con el supuesto resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (Rec. 42/2013). En el supuesto, se realizaban operaciones comerciales no declaradas en “B” y, el Tribunal consideró que la falta de entrega a los representantes de los trabajadores de la contabilidad real de las empresas integrantes del grupo a efectos laborales, impidió una verdadera negociación, comportando un incumplimiento de la buena fe negocial, pero difícil pensar que guarde una cierta similitud con el supuesto objeto de estudio.

Como consecuencia de las irregularidades contables y laborales, la sentencia de instancia viene a inhabilitar a las empresas a realizar actos jurídicos que extingan o modifiquen las relaciones laborales, sin previamente regularizar su situación. En cualquier caso, la empresa no puede ver cerrada la vía para proceder a un despido colectivo, pues tales infracciones conllevarían tan sólo sanciones administrativas o, en cualquier caso, sanciones laborales, pero nada más. Por ejemplo, en el caso del incumplimiento de las obligaciones contables, los administradores de la sociedad son los responsables de la formulación de cuentas, lo que incluye la revisión por un auditor externo de las mismas, conforme a la norma técnica de auditoría sobre estimaciones contables y, en relación con la verificación de la adecuada aplicación del valor razonable el trabajo del auditor se basará en los criterios establecidos por la resolución de 7 de octubre de 2010 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, siendo obligación de los administradores presentar las cuentas dentro del mes siguiente a su aprobación por la junta de socios en el Registro Mercantil. El incumplimiento de no presentar en el plazo de un mes la aprobación de sus cuentas anuales y la

documentación complementaria para su depósito en el Registro Mercantil -incluyendo el informe del auditor-, conllevaría la imposición de una multa por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, previa instrucción del expediente, art. 283 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo que no impide iniciar un procedimiento de despido colectivo en su condición de grupo, como sustenta la sentencia. De hecho, la falta de contabilización de las operaciones dentro del grupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa contable, configuraría un grupo de empresas a efectos laborales, siendo la confusión patrimonial, el elemento patológico determinante de su existencia, al no contabilizar las operaciones entre empresas del grupo por su valor razonable. De manera que, reconocido el grupo de empresas laborales, nada impide iniciar un procedimiento de despido colectivo en su condición de grupo. Y aun siendo reproche, el incumplimiento de las obligaciones contables, si a pesar de ello, ha existido buena fe negocial en el periodo de consultas, *“el reproche ha de tener mucho menor peso a la hora de valorar la posible nulidad del despido”*⁴⁸⁹.

4.2.4 Buena fe negocial

En realidad, existió una verdadera negociación durante el periodo de consultas alcanzando los objetivos propuestos por el periodo de consultas, reduciendo el número de trabajadores afectos, mejorando las condiciones económicas de las extinciones colectivas, traslados y demás medidas propuestas en el marco del despido colectivo. No pudiendo alegar inmovilidad empresarial en las negociaciones, quien ofrece alternativas a la postura inicialmente propuestas. Queda acreditado que en este caso la empresa no solamente cambió de postura en la negociación, sino que *“lo hizo*

⁴⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 08 de julio de 2013 (Rec. 180/2013). *“De otro modo, los órganos judiciales no cumplirían mejor papel que un registro acrítico, limitado a verificar la entrega de documentación tasada, sin ponderar las circunstancias del caso. Pues bien, consta acreditado (hecho probado cuarto) que la empresa no suministró la clasificación profesional de los trabajadores afectados desglosada por centros, lo que constituye, en principio y con carácter general, un incumplimiento que daría lugar a la nulidad. No obstante, como hemos señalado, lo que esta Sala debe dilucidar es si, en este caso concreto, ello impidió ese conocimiento al que esta exigencia pretende dar satisfacción”*.

*muy sustancialmente*⁴⁹⁰, argumento que comparte la sentencia de instancia. Del incumplimiento laboral -prestamismo laboral-, la presencia de elementos patológicos, tiene especial transcendencia en la negociación colectiva grupal, considerando la patología del grupo como fundamento de la negociación colectiva en el grupo, como figura ilícita que es en defensa de los derechos de los trabajadores. De hecho, creer en la inexistencia de un grupo de empresas de efectos laborales sobre la base de la ilegalidad de su formación, conlleva a alejarse de la doctrina jurisprudencial consolidada de penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y *“levantar su velo”*, al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados. En consecuencia, dada la insolvencia de una de las empresas, sería responsable limitadamente en el ámbito de su actuación, no transmitiéndose la responsabilidad a sus accionistas ni a sus administradores, salvo cuando se produce la descapitalización o infracapitalización con el objeto de eludir o reducir los derechos de los trabajadores. En estos casos, procede penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y *“levantar su velo”*, al objeto de proteger los derechos, derivando en una responsabilidad solidaria de cualquiera de las empresas del grupo por el incumplimiento de las obligaciones laborales de una de las empresas del grupo. Lo que lleva a afirmar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, ilegal pero existente. Sin embargo, en la delimitación de la configuración del grupo de empresas laboral, la sentencia considera que la institución del grupo de empresas, *“no es una opción a disposición de las empresas para obtener ventajas en la negociación”*, ahora bien, negar la posibilidad de articular la negociación a nivel grupal y, aceptar la negociación de empresa por empresa, conllevaría procesos negociadores distintos con menos garantías para el trabajador, resultados diversos y calificación de cosa juzgada. Por ejemplo, la ampliación de capital aprobada por el grupo, conllevaba la aportación indirecta a la sociedad CCIP de *“todos los activos, pasivos y negocio y participaciones vinculadas al negocio de fabricación, embotellado y distribución”*, en caso de insolvencia de una de

⁴⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014).

las empresas, sería responsable limitadamente en el ámbito de su actuación, no transmitiéndose a sus accionistas ni a sus administradores. Fácil sería para la sociedad CCIP reducir la carga de trabajo de las factorías de Fuenlabrada, Asturias, Palma de Mallorca y Alicante y, derivarlas a otras factorías y, presentar el expediente de regulación de empleo individualmente en cada una de las empresas. Si a ello se une la descapitalización de las sociedades integrantes del Grupo CCIP como consecuencia de la ampliación de capital aprobada, los trabajadores se encontrarían en una posición en el periodo de consultas de desventaja frente a la negociación con todo el grupo de empresas y, ello porque la negociación individualmente considerada, mermaría el poder de negociación con la empresa, al justificar la causa de la medida colectiva en la reducción de la producción y, no tener más que la información de la empresa individualmente considerada y, no la totalidad del grupo, en contrario, si se negocia a nivel grupal, se posee la información de empresa y grupal lo que comporta un claro incremento de la información de la que se dispone a la hora de negociar.

De hecho, difícilmente puede considerarse la negociación en el ámbito de grupo como una estrategia para la negociación en beneficio de CCIP cuando, para evitar o reducir los despidos colectivos, la empresa propone medidas de recolocación internas. En este contexto, no cabe que se invoque un beneficio en la negociación⁴⁹¹ cuando con ello pretende un acercamiento de posturas que, como prevé el art. 51.2 ET, permita la posibilidad de evitar o reducir los despidos y más aún, cuando la legalidad vigente no impone la obligación de derivar el excedente de mano de obra de una empresa a otra empresa del grupo⁴⁹². Siendo impensable que el reconocimiento de la laboralidad del

⁴⁹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 152/2012). *“En cuarto lugar, consideramos esencial tomar en consideración que, afectando la causa alegada al grupo en su conjunto, es más garantista que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelado empresa por empresa -por supuesto, siempre que esa negociación sea real y efectiva, como ha quedado acreditado en el caso que nos ocupa-. Y ello porque permite tanto el análisis individualizado de cada empresa como el examen de la situación en su conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas”*.

⁴⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 (Rec. 1979/2001). *“(…)la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se*

grupo por parte de las empresas demandadas, tenga la finalidad de eludir la negociación colectiva, pues de su reconocimiento deriva la responsabilidad solidaria respecto de cualesquiera obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores negociación⁴⁹³, en cualquier caso, denotaría una buena fe negocial de las empresas demandadas a la hora de negociar.

La Sentencia reconoce como la Sala del Tribunal Supremo en ciertas ocasiones ha admitido que, una vez reconocido el grupo de empresas laboral por los trabajadores y, manifiesto para todas las partes de la negociación, éste podía iniciar un procedimiento de despido a nivel grupal o, cuando existan sentencias firmes⁴⁹⁴ que declaran la existencia de grupo⁴⁹⁵. Pero el Tribunal entiende que no se dan las circunstancias para la negociación grupal, porque la existencia del grupo se revela sorpresivamente, para obtener ventajas en la negociación del expediente de regulación dado *“que causa alegada para el mismo solamente tenía virtualidad considerando la estructura unitaria*

encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo”.

⁴⁹³Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (Rec.324/2012). *“Apoyamos nuestra convicción, en primer lugar, en el reconocimiento expreso por parte de las empresas demandadas de su condición de grupo patológico, puesto que dicho reconocimiento tiene un especial valor jurídico, por cuanto comporta aquí y también en el futuro, que todas las empresas del grupo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con sus trabajadores, siendo impensable, a nuestro juicio, que un reconocimiento de tal naturaleza, cuyas consecuencias son tan graves para las empresas, tenga por finalidad eludir la negociación del período de consultas”.*

⁴⁹⁴ ESTEVE SEGARRA, A. (2014). “El marco de referencia en los procedimientos de consulta en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”. *Revista de Información Laboral*, número 6/2014. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. BIB 2014/2873. *“La Sala la que se replantea su propia doctrina, ya que en otros casos no había exigido que existiera sentencia firme, admitiendo el reconocimiento del grupo a estos efectos”.*

⁴⁹⁵Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 257/2012). *“Si las empresas demandadas admiten pacíficamente su condición de grupo de empresas a efectos laborales, admitiéndose expresamente por todas las secciones sindicales presentes, salvo CGT, quien lo admitió tácitamente al aceptar la negociación global con el grupo de empresas como tal, ya que participó, sin protesta alguna, en una comisión sindical elegida conforme a la representatividad sindical de todas las empresas del grupo, teniéndose presente, por otra parte, que la medida empresarial pretendía la extinción de todos los contratos de trabajo con el cierre consiguiente, de todos sus centros de trabajo, debemos descartar que el grupo como tal no esté legitimado para promover el despido colectivo, por cuanto asume, con sus propios actos, refrendados por los propios actos de los sindicatos actuantes, que el grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores despedidos”.*

del grupo". No obstante, se hace difícil pensar que los sindicatos desconocieran la integración de las embotelladoras en el grupo cuando la reestructuración operada no era un hecho aislado, puesto que coincidió en el tiempo con la reestructuración de las distribuidoras en Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Grecia y Portugal y, además, los medios de comunicación españoles de prensa escrita ya daban por sentado la integración de las embotelladoras en CCIP⁴⁹⁶. Además, a partir de septiembre de 2013 CCIP en la intranet corporativa comenzó a editar y colgar un boletín con información del proceso de integración de los procesos de nóminas, finanzas, *controlling*, consolidación financiera y gestión de almacenes. Asimismo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013), reconocía que la existencia de grupo podía reconocerse al iniciarse por la empresa la tramitación del despido colectivo⁴⁹⁷.

Además, al Tribunal le llama poderosamente la atención sobre como simultáneamente al periodo de consultas una de las empresas embotelladoras negociaba y suscribía un convenio colectivo con la parte social y no con CCIP; y, como los trabajadores seguían dados de alta cada uno por cuenta de sus respectivas empresas y no por CCIP. La respuesta al porqué de la negociación, la había contestado

⁴⁹⁶https://elpais.com/economia/2013/12/09/empleo/1386612149_939334.html.

"La dirección de Coca-Cola Iberian Partners, compañía resultante de la integración de las siete embotelladoras de Coca-Cola en España..."

https://elpais.com/economia/2013/12/13/actualidad/1386953899_481108.html.

"Cuando los trabajadores de las siete embotelladoras de Coca-Cola decididas a fusionarse oyeron esa palabra en 2012, se echaron a temblar. Este grupo de empresas familiares, que hasta entonces se habían encargado de envasar el popular refresco en distintas zonas de España, se preparaban para unir fuerzas".

<https://www.expansion.com/2013/12/09/empresas/distribucion/1386611809.html>.

"...Iberian Partners ha indicado que el plan de reestructuración busca integrar en una sola organización empresarial lo que hasta ahora habían sido estructuras empresariales diferenciadas, evitando duplicidades e ineficiencias que dañarían el futuro del proyecto empresarial".

⁴⁹⁷ *"Respecto a los requisitos formales, y en concreto sobre documentación e información exigidos, señala que no cabe declarar la nulidad del despido colectivo fundada en las obligaciones de información y documentación al haber aportado las demandadas, al inicio del expediente y junto con la memoria explicativa"*.

anteriormente el Tribunal en el fundamento de derecho décimo segundo al admitir la posibilidad de la negociación de los convenios colectivos en el ámbito de “*un grupo de empresas*” o de “*una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas*”, art. 87 ET. El grupo no está obligado a negociar un convenio como grupo, pudiendo optar entre negociar en el ámbito de grupo o ámbito de empresa. La negociación y firma en diciembre de 2013 y 2014 del convenio colectivo entre una de las embotelladoras y la representación de los trabajadores, en momento alguno debe considerarse como una ocultación de la formación o información de la existencia del grupo de empresas para tener una ventaja en el proceso de negociación, porque el grupo laboral no está obligado a negociar como tal grupo como se desprende del art. 87 ET. Respecto del alta de los trabajadores con cada una las empresas y no, con la empresa matriz, debe tenerse en cuenta que los grupos de empresas laborales no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no tiene encaje en el concepto de empresario en la Seguridad Social, art. 10 del Real Decreto 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en el Seguridad Social. No obstante, podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, art. 18.4 LGSS. En este caso, se puede fundar la responsabilidad solidaria en la existencia de un grupo de empresas, por el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las empresas integrantes del grupo⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso Administrativo) de 08 de julio de 2016 (Rec. 3831/2016). “...es posible, sin ninguna duda, fundar la responsabilidad solidaria en la existencia de un grupo de empresas, con la única condición de que éste exista realmente y pueda afirmarse que es éste, el grupo de empresas, el empresario real, sin necesidad de sobreponer o mezclar la regulación legal de la sucesión de empresas con la doctrina jurisprudencial del grupo de empresas. Para declarar la responsabilidad con esta base, lo relevante no es tanto el elemento de fraude a los derechos de los trabajadores, sino si es posible alcanzar la conclusión de que el empresario real que recibe la prestación laboral, y por ende es responsable de la obligación de cotizar, es el grupo de empresas y, por tanto, todas ellas han de responder del pago de la obligación, aunque no sean la empresa formalmente empleadora”.

Lo llamativo es cuando el Tribunal entra a cuestionar “*la incorrecta delimitación del ámbito de la negociación previa al despido, al hacerlo coincidir artificialmente con un inexistente grupo de empresas*”, estima que la mesa negociadora se constituyó correctamente, optando los sindicatos por negociar como secciones sindicales de grupo, opción válida conforme lo estatuido en el art. 87 ET, reconociendo la representatividad del Grupo en el ámbito de la negociación y, por tanto, la existencia del grupo. En consecuencia, admitida por la parte social la representatividad de la sociedad matriz para iniciar el procedimiento colectivo en su condición de grupo, en ese momento, no se echó en falta información alguna por la representación de los trabajadores relativa a la constitución del grupo y en caso de que hubiese existido, se subsanó, puesto que el único incumplimiento de información alegado por la representación sindical era la falta del listado de trabajadores temporales, así como la falta de entrega de documentación precisa para la negociación que había sido requerida por la representación de los trabajadores –*plan industrial*-, no existiendo una ocultación de información que pueda ser causa de nulidad de la negociación como plantea el Tribunal. En momento alguno, la parte demandante había alegado falta de información de la reestructuración empresarial, lo que sí que había alegado en su demanda era la inexistencia de un grupo de empresas patológico. Por tanto, los únicos incumplimientos de información que pueden ser causa de nulidad son los denunciados por la parte social, los relativos a los contratos temporales y *plan industrial*, pero no los cometidos antes de su inicio. De manera que, lo ocurrido en el seno del periodo de consultas ha de ser enjuiciado dentro del procedimiento del art. 124 LRJS, excluyendo como causantes de nulidad aquellas causas que se hayan podido producir antes del inicio del periodo de consultas. Por tanto, la falta de información del proceso de integración a la representación de los trabajadores hasta el momento de iniciar el periodo de consultas, como el mantenimiento de los contratos y altas en Seguridad Social de cada trabajador con su empresa empleadora, no puede considerarse una mala fe negocial, por un lado, porque los únicos motivos que pueden dar lugar a la nulidad son los producidos al iniciarse el periodo de consultas, estos son anteriores, por otro lado, el art. 124.11 LRJS, declara nula la decisión extinción cuando el

empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, entonces ¿dónde queda encuadra el incumplimiento de información, consulta y negociación en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa al que obliga el art. 44 ET? Evidentemente, no tiene encaje en el art. 124.11 LRJS, su incumplimiento se limitaría a una sanción administrativa de las contempladas en el art. 7.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000 y no, a la nulidad de la medida colectiva.

4.3 Una posible alternativa al periodo de consultas

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 03 de septiembre de 2018 (Rec. 133/2018), propone una doble solución para los despidos colectivos en el grupo laboral. Por un lado, considera que, si el despido se basa en causas económicas, no es posible la parcelación de la negociación por todas las empresas de grupo *“por cuanto todas ellas constituyen la empresa-grupo y la situación negativa debería acreditarse en toda la empresa-grupo”*. Nada diferente de lo planteado hasta el momento. Lo novedoso es que, si la causa del despido es productiva u organizativa, el periodo de consultas *“debe ceñirse a examinar la concurrencia de las causas allá donde se produzcan, que puede ser la totalidad de la empresa-grupo, o aquellas empresas, donde se haya actualizado esas causas, en cuyo caso, no será requisito constitutivo, que el despido se promocióne por la empresa-grupo en su conjunto, si las causas organizativas y productivas no le afectan globalmente, por cuanto, una vez delimitadas las causas y su ámbito, corresponde al empresario decidir qué puesto deben ser extinguidos”*.

Este criterio ya se había recogido ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001) y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 (Rec. 1979/2001), en virtud del cual *“cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida*

empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes”.

Es cierto que las medidas colectivas de extinción del contrato exigen previamente la apertura de un periodo de consultas que deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, además, las partes están legalmente obligadas a negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, art. 51.2 ET y art. 7 RD 1483/2012, eso sí, buena fe en la negociación, cosa distinta es que no se llegue a un acuerdo, pero ello no invalidaría el periodo de consultas.

Si ha existido una verdadera negociación, la representación de los trabajadores ha dispuesto de toda la información y, se ha constatado la causa para la extinción de los contratos, en buena medida sería acertada la valoración de las circunstancias concurrentes en el ámbito donde es necesaria la amortización del puesto de trabajo y no, con respecto a las demás empresas del grupo. De este modo, para las causas organizativas o de producción de la extinción de los contratos en los grupos de empresas laborales, habría que tener en cuenta el concreto ámbito de la unidad empresarial en el que se produce el desajuste o desequilibrio entre las necesidades organizativas o productivas y el volumen de mano de obra.

Ahora bien, hará mal quien se quede con este argumento para extraer un criterio extrapolable para los grupos de empresa laborales.

La existencia de un grupo de empresas a efectos laborales conduce a la responsabilidad solidaria entre empresas que lo forman. En estos casos, la doctrina y jurisprudencia admiten la necesidad de levantar el velo. De modo, que declarada la

existencia de un grupo laboral⁴⁹⁹ significa que estamos ante una *“realidad empresarial única y centro de imputación de responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas, de manera que el grupo de empresas, es en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 ET”*⁵⁰⁰. Es cierto que el grupo cuando existe, parece actuar como empleador, sin embargo, el grupo no puede ser empresario, no tiene personalidad jurídica, por tanto, no se le puede imputar obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, ahora bien, en lo que aquí interesa se está ante un empresario en los términos del art. 1.2 ET⁵⁰¹.

Acreditada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, la empresa que insta la medida extintiva no es la empresa real, sino que está integrada en un grupo de empresas y es éste quien debería haber ejercitado la medida. En caso contrario, si el periodo de consultas no se hubiera desarrollado en el ámbito del grupo, acreditada la existencia un grupo de empresas a efectos laborales, en buena lógica, esta circunstancia provocaría la nulidad de la medida extintiva para poder tramitar el proceso de negociación en el marco del grupo, en base a las siguientes causas:

a) Falta de legitimación para incoar un despido colectivo. El grupo actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica. La empresa que ha adoptado la medida extintiva no es la empresa real, sino que está integrada en el grupo, es éste quien debería haber adoptado la medida.

⁴⁹⁹ En cualquier caso, es labor del juez determinar si existen conexiones que pudieran conducir a la condena solidaria de cualquiera de las empresas del grupo por el incumplimiento de una de ellas.

⁵⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 (Rec. 31/2009), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2011 (Rec. 6674/2011).

⁵⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2009 (Rec. 681/2009). *“Y no es dable soslayar lo dispuesto en el art. 1.2 del ET, que contiene una definición amplia del empresario, considerando como tal todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios que reúna las notas del art. 1.1 del ET, lo que permite afrontar determinados supuestos de empresario complejo, atendiendo a la realidad de la organización laboral”*.

b) La justificación de las causas para proceder a la extinción de los contratos. Obviar la dimensión empresarial, una vez declarada la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, vicia el proceso colectivo desde su inicio, al centralizar el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con el objetivo de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa alegada. A nivel de empresa, acreditar la concurrencia de la causa invocada es fácil, sin embargo, bajo esa apariencia de legalidad creada se esconde una actitud fraudulenta del auténtico empleador para reducir los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, puede suceder la descapitalización o infracapitalización de la empresa, para eludir cómputo de antigüedad o la adquisición de derechos con ella vinculadas -promoción, ascensos- o, concentrar el personal en empresas más frágiles para disminuir el cómputo de la indemnización que pudiera corresponderle en caso de cese. En realidad, se produce una ocultación de la realidad producida ilegalmente por empresas creadas bajo una apariencia de legalidad.

c) El desarrollo del periodo de consultas. El art. 2.3 RD 1483/2012, tiene como finalidad que los representantes de los trabajadores tengan una información suficiente para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas. Información que se hace necesaria para constatar causas y adecuación de las medidas para ofertar alternativas.

En el supuesto de grupo de empresas a efectos laborales, las empresas convergen en un mismo fin, bajo esta premisa, la realidad de la medida extintiva no trae causa en las empresas afectadas por la medida, ha de entenderse que la realidad de la medida tiene su razón de ser en el grupo como ente de agrupamiento de éstas y, por tanto, se está en presencia de una única estructura unitaria empresarial. En base a ello, si no se aporta la información necesaria del todo el grupo para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de conocer documentalmente la situación real sobre la que se justifica los despidos, se produce una desinformación que afecta al contenido

propio del periodo de consultas⁵⁰². Confirmado este hecho, puede ser solicitada la nulidad de la medida extintiva, cuando no se ha entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET, art. 124.11 LRJS.

5 Impugnación

En aras a la buena fe requerida en la negociación del periodo de consultas, si las denuncias sobre quién es el empleador, sobre la debida conformación de la comisión negociadora y sobre la falta de aportación de documentación no se hace valer en el periodo de consultas⁵⁰³, *“no pueden alegarse por primera vez en la demanda de impugnación del despido colectivo, por cuanto dicha conducta quiebra la buena fe exigible...puesto que ese es el único modo de que la parte concernida por el reproche pueda cumplir adecuadamente con la finalidad del período de consultas”*⁵⁰⁴. Siendo este el criterio de la doctrina del Tribunal Supremo.

Pese a ser necesario con carácter general para denunciar motivos de nulidad en la demanda, que los mismos fueran previamente invocados por la representación de los trabajadores a lo largo de las negociaciones, considero que la posición de la representación de los trabajadores en el periodo de consultas no debe estar orientada a identificar la existencia del grupo, sino a la consecución de un acuerdo tendente a evitar o aminorar los despidos y a implementar las medidas de acompañamiento necesarias para paliar sus efectos adversos, mediante la negociación de buena fe.

Ahora bien, si la representación de los trabajadores cuestiona la composición de la mesa negociadora, solicita información adicional a la facilitada por la empresa, y es

⁵⁰² Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 74/2014).

⁵⁰³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2013 (Rec. 176/2013), Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2014 (Rec. 154/2013), Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2014 (Rec. 25/2014), Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2014 (Rec. 488/2013), Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2016 (Rec. 146/2016), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2017 (Rec. 32/2014), Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio 2016 (Rec. 3241/2014).

⁵⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2016 (Rec. 146/2016).

que las propias actas de las reuniones celebradas durante el periodo de consultas ponen de manifiesto que se instó repetidamente a la empresa información complementaria al contenido de la negociación y/o queda cuestionada la composición de la mesa negociadora, sería acertado pensar que la invocación de estas cuestiones o aquellas que han sido manifestadas en el proceso de negociación serían suficientes para impugnar la nulidad de las medidas colectivas. No siendo necesario que la representación de los trabajadores para impugnar la medida extintiva, deba invocar previamente en el periodo de consultas la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

No es función de la representación de los trabajadores, ni objeto de la negociación colectiva, la de acreditar en el periodo de consultas la existencia de un grupo laboral, ni discernir si aparecen acreditados con la necesaria intensidad los elementos adicionales que obligaría a la participación e intervención de todas las empresas del grupo y, consecuentemente, la aportación de la documentación e información relativa a todas ellas. En este caso, el órgano jurisdiccional de lo social determinará la existencia o no del grupo laboral, sobre la base de la demanda presentada por los representantes de los trabajadores quien invocará la insistencia de información solicitada y su negativa.

En realidad, para que pueda alegarse en la demanda de impugnación del despido colectivo la existencia de un grupo laboral de empresas, no es necesario que esta sea manifestada en la mesa durante el periodo de consultas, la cuestión es que el órgano de jurisdicción social valore la actuación de la representación de los trabajadores en el periodo de consultas, en este punto, el órgano determinará sobre la negativa de la aportación de la documentación si se esconde una actitud fraudulenta y mala fe en la negociación, lo que conllevará al levantamiento del velo de la personalidad jurídica o física.

Si el empresario se niega a negociar en el ámbito de grupo, a aportar la documentación legal y reglamentariamente establecida o aquella documentación relevante para la representación de los trabajadores, solamente le queda impugnar

judicialmente la medida, en cuyo caso, si queda acreditada en el juicio, la consecuencia será la nulidad de la medida empresarial, conforme art. 124.11 LRJS⁵⁰⁵. Ahora bien, no toda ausencia de documentación determina inexorablemente la nulidad del despido colectivo, sino únicamente aquella que los representantes de los trabajadores puedan acreditar como relevante y necesaria a efectos de realizar su labor negociadora. La información no reclamada expresamente a lo largo del periodo de consultas por la comisión negociadora no tendría presunción de necesidad y, por ende, no debería ser un argumento válido para solicitar la nulidad de un procedimiento de despido colectivo. Es decir, dada la intrascendencia de la información, aunque se diera el caso que la representación empresarial la ocultase, ello no sería un impedimento para que la representación de los trabajadores tuviera un conocimiento completo de la situación y negociase adecuadamente la razonabilidad de las medidas propuestas por la empresa e independientemente de que la representación de los trabajadores solicitara información adicional y fuese alegada en un posterior procedimiento de impugnación de la medida, dada su intrascendencia, no se produciría una variación sustancial en el contenido del acuerdo.

No obstante, cuando se considere que se trata de un grupo de empresas a efectos laborales -este extremo no es ocultado- y, la representación de los trabajadores no hace valer dicha circunstancia en el periodo de consultas, no pueden alegar la nulidad del despido por defectos en el período de consultas o por falta de aportación de documentación, que debieron exigir en aquel momento, para obtener una ventaja en la negociación⁵⁰⁶, lo que no sería impedimento para demandar al grupo de empresas a la hora extender la responsabilidad, respondiendo cualquiera de ellas de las responsabilidades formalmente asumidas por una de ellas.

⁵⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2014 (Rec. 154/2013).

⁵⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014). *“Ha de aplicarse el viejo principio del Derecho que dice “nemo audiatur propriam turpitudinem allegans” (CIC 7.8.5), i.e. nadie sea atendido cuando alegue en su beneficio su propio incumplimiento”*.

Capítulo 4º: La incidencia del grupo de empresas en las relaciones colectivas

La estructura grupal se ha consolidado ya en el sistema productivo nacional e internacional, sin embargo, es más rápido el proceso adaptativo de las estructuras empresariales a las nuevas demandas del mercado que el legislador regulando las nuevas figuras empresariales.

Por ello resulta paradigmático el esfuerzo del legislador europeo, consciente de la necesidad de adoptar las disposiciones adecuadas, para velar por que los trabajadores de empresas o grupos de empresas que trabajen en varios Estados miembros sean debidamente informados y consultados, frente a la actitud del legislador español que se ha limitado a transponer la norma. Es el caso de la Directiva 94/45/CE, al objeto de mejorar los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y la Ley 10/1997, de 24 de abril, que se ha encargado de adecuar su contenido al ordenamiento interno. Este proceso de reforma no afectó a la regulación de la representación de los trabajadores de los grupos de empresas de ámbito nacional, aunque años más tarde, la aprobación del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, sí introdujo importantes cambios normativos en la negociación colectiva de los grupos de empresas. La verdad que la jurisprudencia había creado una doctrina consolidada al respecto y desde esta perspectiva hubiera valido la pena que, al mismo tiempo, se hubiera regulando el concepto de grupo de empresas en el ámbito jurídico laboral.

La nueva realidad económica está creando nuevas estructuras donde valorar las relaciones laborales y es ahí donde se debe velar por el cumplimiento de las normas existentes, así como crear nuevas que colmen posibles lagunas normativas para regular esta realidad.

En este contexto, en los apartados siguientes se va a llevar a cabo un análisis de la representación de los trabajadores en la empresa —distinguiendo entre representación legal, institucional o unitario y la representación sindical— y, posteriormente, de la negociación colectiva en los grupos de empresa.

1 La representación de los trabajadores en los grupos de empresa

El art. 4.1. g) ET contiene uno de los derechos básicos de los trabajadores que es el de información, consulta y participación en la empresa.

En lo que se refiere a participación y representación de los trabajadores, el ordenamiento jurídico ha diferenciado dos vías: a) de un lado, la denominada representación unitaria de los trabajadores —comités de empresa y delegados de personal— art. 61 a 76 ET; y b), de otro lado, la denominada representación sindical, constituida por secciones sindicales y delegados sindicales, art. 28.1 CE y arts. 8 y 10 LOLS.

1.1 La Representación unitaria de los trabajadores

Los órganos de representación unitarios son los delegados de personal y los comités de empresa (art. 62 y 63 ET).

La diferencia entre ellos se deriva de la dimensión personal de la empresa, esto es, el número de trabajadores de la unidad que se tome como referencia —la empresa o el centro de trabajo—. Por lo demás, uno y otros, gozan de los mismos derechos y poseen las mismas competencias (art. 62.2 ET).

Así, en empresas o centros de trabajo desde 10 trabajadores hasta 50 trabajadores la representación se conformará a través de delegados de personal: un delegado hasta 30 trabajadores y 3 por encima de 31 (art. 62.1 ET). Por debajo de 10 trabajadores, en

concreto en aquellos centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores, la elección de un delegado de personal es facultativa, si los propios trabajadores del centro lo deciden por mayoría, puede producirse esta decisión sin formalidad alguna solamente por el hecho de una participación mayoritaria en la propia elección⁵⁰⁷. Por encima de 50 trabajadores se constituirá un comité de empresa (art. 63.1 ET), que aumentará el número de sus miembros en función del número de trabajadores de acuerdo con la escala prevista en el art. 66 ET.

Las empresas o centros de trabajo situados *“en la misma provincia o municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su momento los sumen”* (art. 63.2 ET), podrán constituir un comité de empresa conjunto, siempre y cuando cada uno de los centros disponga de 10 o más trabajadores⁵⁰⁸. De modo, similar cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituye comité de empresa propio y en el resto se constituye otro. En el caso de una empresa con varios centros de trabajo, cada uno con su propio comité, cabe la posibilidad de un crear comités intercentros vía art. 63.3 ET.

Como puede observarse, el Estatuto de los Trabajadores no prevé representación institucional a nivel de grupo de empresas, por lo que nos debemos plantear si resulta

⁵⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 06 de abril de 2004 (Rec. 5994/2001). Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2006 (Rec. 5251/2002). Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2006 (Rec. 5227/2002).

⁵⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2009 (Rec. 127/2008). *“Carece de todo sentido sostener que el legislador no consiente la agrupación -por parte sindical- de centros de más de seis trabajadores y menos de diez para poder elegir Delegado de Personal [nivel representativo de elección personal], tal como se ha argumentado por la Sala en precedentes resoluciones e incluso admite la parte recurrente, y que muy contrariamente se defiende la posible -obligatoria, según veremos- agrupación de esos mismos centros de trabajo para obtener la elección de Comité de Empresa [nivel representativo de elección por lista cerrada]; con lo que llegamos a la conclusión de que si bien es innegable que el art. 63.2 no explícita que los centros agrupables para obtener elección de Comité de Empresa hayan de tener más de diez trabajadores [se limita a referir los centros «cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen»], de todas formas esa cifra censal se obtiene de una interpretación sistemática de ambos preceptos [arts. 62.1 y 63.2], al rechazarse una consecuencia -opuesta- que lleva al absurdo ya indicado [negar lo menos y admitir lo más]”*.

posible ejercer el derecho a participar en el seno de grupo de empresas a través de los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores.

1.1.1 La representación unitaria en el ámbito del grupo de empresas. La creación convencional de un comité de grupo.

En defecto de una norma especial, o salvo que ésta lo excluya con carácter general, se deberán de aplicar las reglas generales previstas en los arts. 62, 63, 66, 78, 80 y 81 ET para los grupos de empresas, sin especialidad alguna.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993 (Rec. 459/1991), ha considerado que *“el Estatuto de los Trabajadores y las normas laborales generales constituyen el Derecho Común del Trabajo y éste ha de aplicarse en defecto de norma especial salvo que ésta lo excluya con carácter general o para una determinada materia, o cuando la aplicación de la norma general sea materialmente incompatible con la naturaleza especial de la relación”*. Así pues, con esta reserva, hay práctica unanimidad al considerar la regulación convencional de los Comités. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1995 (Rec. 2858/1993) señala que *“(…)es correcta la composición de la representación de los trabajadores en la Comisión Negociadora al haberse efectuado mediante elección de los miembros por los Comités de empresa y Delegados de Personal, de acuerdo con lo previsto expresamente en el artículo 37 del Convenio del año 1991, el que se ajusta a la regla del artículo 87.1. 1.º del Estatuto de los Trabajadores sobre legitimación para negociar convenios de empresa. En este caso se refuerza la aplicabilidad de esta norma con el dato de que el Convenio de 1991 regula la composición de un Comité Intercentros conjunto para las dos empresas afectadas, lo que supone la voluntad concorde del grupo y de los representantes de los trabajadores de ambas de constituir un órgano de representación unitaria único para las dos entidades y, aunque el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores lo regula exclusivamente para una sola empresa, es admisible la validez de este órgano, pues el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores previene la posibilidad de otras formas de participación de los trabajadores, aparte de las previstas en la Ley. Esto significa que el convenio de grupo parcial negociado se asimila, más aún, a uno de ámbito empresarial”*.

Por otro lado, entre la doctrina científica, CRUZ VILLALÓN⁵⁰⁹ rechaza que la representación a nivel de grupo pueda ser cubierta a través del comité intercentros. El autor considera que este órgano de representación unitaria actúa a nivel de empresa, cuando ésta tiene una estructura orgánica en la que existen diferentes centros de trabajo y, por tanto, no es un mecanismo regulado para actuar en un ámbito superior a la empresa. Sin embargo, hace una distinción entre: a) grupos ficticios, en los que una vez reconocida la existencia de un solo empresario laboral, tras el levantamiento del velo, no existiría problema para crear un comité intercentros en el seno del grupo⁵¹⁰, aunque, el autor señala que “estos supuestos no constituirán auténticos grupos de empresa”; y b) grupos no ficticios⁵¹¹, en los que se admite la posibilidad de una regulación convencional de los Comités, que, señala, en ningún caso, podría entrar en oposición con lo dispuesto en el ET. Así, no cabría atribuir a un eventual Comité de Grupo legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios, aunque sí funciones informativas y consultivas y, con ciertas cautelas, legitimación para negociar convenios extraestatutarios.

Por su parte, MARTÍN APILLUELO⁵¹² entiende que si aceptamos que el grupo de empresas es una empresa única y que las diversas empresas que lo componen tienen la misma relación que los centros de trabajo a una empresa, no hay obstáculo para la aparición del concepto de comité intergrupual o comité de grupo. En tales casos, “la operatividad práctica del comité intergrupual sería a través de una primera instauración del mismo en el convenio colectivo”. En este sentido, coinciden SEMPERE NAVARRO y ARETA MARTÍNEZ⁵¹³, al considerar que “la representación unitaria ad hoc sólo será

⁵⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J (1992). “La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente”. Trotta. Pág. 225 y ss.

⁵¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J (1992), ob. cit., p. 234.

⁵¹¹ CAMPS RUIZ, L.M. (1986), ob. cit., pág. 131.

⁵¹² APILLUELO MARTIN, M (1996). “Grupos de empresas y derecho del trabajo”. *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. XVIII, tomo 1. Pág.335 y ss.

⁵¹³ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p.109. En el mismo sentido, SUAREZ GONZÁLEZ, F. (1986), “Derecho de trabajo”. Unidades didácticas. Tomo I. Pág. 202. MONERO PÉREZ, J.L

viable cuando exista un convenio colectivo de grupo que prevea la creación de un comité que posea tal ámbito operativo”.

Como CRUZ VILLALÓN, GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ GORDILLO⁵¹⁴, no ven factible que la representación del grupo se realice a través de la figura del comité intercentros, al considerar que el art. 63.3 ET otorga al comité intercentros un ámbito de actuación cuyo límite se encuentra en la empresa, pero se plantean el interrogante de si cabe instituir un órgano de representación para los grupos de empresas a través del convenio colectivo, llegando a la conclusión que si bien es cierto que puede existir un convenio colectivo de grupo que prevea la regulación referida a un órgano de representación a nivel de grupo, éstos pueden tener diferentes funciones y facultades, que no fueran las reguladas en el ET, sin que se establezcan competencias en materia de información y consulta.

Conforme lo anteriormente expuesto, podemos diferenciar entre: a) grupos de empresas fraudulentos y; b) grupos de empresas laborales.

- a) Cuando concurre en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica, es previsible que el grupo de empresas se vea condicionado a no negociar un comité intercentro grupal para no crear indicios de que se trata de un grupo de empresas fraudulento. Ahora bien, levantado el velo de la personalidad jurídica, reconociéndose la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo, bien podría encuadrarse un comité intercentro aceptando que el grupo de empresas es una empresa única.
- b) En estos casos se puede constituir comités intercentros en los grupos de empresas, aunque el art. 63.3 del ET lo regula expresamente para una sola

(1991). “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores”. *Ponencia a las X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. La Rábida. Huelva. Trotta. Pág. 139.

⁵¹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. (1999). “Grupos de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”. *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. X, tomo 1. La Ley. Pág. 147.

empresa. No obstante, la doctrina jurisprudencial admite su constitución a través de la negociación colectiva para los grupos de empresa conforme el contenido de la norma, es decir, los miembros del comité intercentros deben ser elegidos de entre los miembros del comité de empresas, por tanto, cada una de las sociedades del grupo debe tener conformada su representación unitaria conforme la legislación vigente y su constitución solamente puede pactarse por convenio colectivo, siendo funciones del comité intercentros las que le reconozca el convenio en el que se acordó su constitución. Se trata de un comité que no sustituye, sino que se superpone a los comités de centro existentes y, por tanto, no tendrá asignadas competencias que estatutariamente tengan atribuidas los comités en de centro. Las funciones del comité intergrupales han perseguido dos objetivos, por un lado, servir de interlocutor con dirección del grupo⁵¹⁵ y, por otro lado, proporcionar legitimación para representar a todos los trabajadores y para negociar convenios colectivos⁵¹⁶. Actualmente esta vía queda abierta a través del art. 87 ET.

⁵¹⁵ Convenio Colectivo para las empresas del Grupo Aviva en España (Resolución de 10 de septiembre de 2002. BOE núm. 235, de 1 de octubre de 2002). Art. 35 del convenio dice: *“La Dirección del Grupo acepta la constitución de un comité de representación sindical conjunto de todas las empresas que constituyan el Grupo AVIVA en España, que estará configurado por representantes sindicales elegidos entre ellos, y de las distintas empresas del Grupo, y en proporción al censo de trabajadores de cada Empresa”*.

Convenio Colectivo de las Empresas EADS-CSA y «Airbus España, Sociedad Limitada» Resolución de 31 de mayo de 2002. BOE núm. 145, de 18 de junio de 200, Art. 38.1. *“Es el órgano interlocutor general de los trabajadores con las Direcciones de las Empresas para todos aquellos temas laborales comunes que afecten en general a todos los Centros de Trabajo, sustituye al Comité Intercentros de CASA, y tendrá las funciones que expresamente se le atribuyen en este Convenio”*.

⁵¹⁶ Convenio Colectivo del Grupo Radio España (Resolución de 6 de abril de 2000. BOE núm. 99, de 25 de abril de 2000): del art. 48.6 *“recoge que sus funciones básicas serán todas aquellas que sean necesarias para la negociación colectiva y la representación de los trabajadores en el ámbito laboral”*

Convenio Colectivo de «Assicurazioni Generali, S.p.A.» y «Servicios Generales Castellana 130, A.I.E.» (Resolución de 1 de junio de 1998. BOE núm. 147, de 20 de junio de 1998): art. 59.4 y 5 del convenio dice: *“4) Este Comité Inter empresas tendrá derecho a dos reuniones, 11amadas «ordinarias», en el periodo comprendido entre la denuncia del presente Convenio y una semana antes del inicio de las negociaciones. Asimismo, tendrá derecho a una reunión extraordinaria al año. 5)El Comité Inter*

1.1.2 La representación unitaria en el ámbito del grupo de empresas. Sin la creación convencional de un comité de grupo.

En caso de no formalizar un comité intercentro, la cuestión a debatir es como se produce la participación de los trabajadores en el ámbito grupal.

En primer lugar, difícilmente la representación de los trabajadores tendrá acceso a la información y documentación del grupo si, como tal, quiere preservar la existencia de un grupo ficticio o fraudulento. En este caso, siendo posible el levantamiento del velo de la persona jurídica de las empresas componentes e identificar un funcionamiento integrado en el ámbito de la gestión de personal y patrimonial, los derechos de información y consulta del art. 64 ET deberían entenderse respecto del grupo de empresas. Cuestión distinta es determinar el ámbito de referencia de la representación unitaria cuando la estructura del grupo no se utiliza con finalidad fraudulenta o abusivas. Se trataría de considerar a determinados efectos el grupo como un ámbito funcional unitario donde permitan a la representación unitaria participar en las decisiones del grupo.

Desde la perspectiva constitucional, el derecho de representación de los trabajadores viene recogido en el art. 129.1 CE, estableciendo que serán los poderes públicos quienes promoverán eficazmente las formas de participación en la empresa.

empresas celebrara anualmente una reunión extraordinaria con la Dirección o sus representantes, cuando estén aprobados los balances, memorias y cuentas de resultados de las compañías. En esta reunión extraordinaria, la Dirección informara sobre la memoria”.

Convenio Colectivo de las Empresas Ediciones Primera Plana, S.A., Gráficas de Prensa Diaria, S.A., Zeta Servicios y Equipos, S.A., Logística de Medios de Catalunya, S.L., Zeta Gestión de Medios, S.A., y Grupo Zeta, S.A. (Resolución de 26 de febrero de 2003. BOE núm. 88, de 12 de abril de 2003 Art. 48 Funciones: *“Se encargará ante las Direcciones de las respectivas empresas firmantes de negociar en cada momento el Convenio Colectivo del Grupo de Empresas y el plan de formación subvencionada, tal y como se plantea en el artículo 40 del presente convenio, recibir la información que pueda generarse y que afecte a las empresas firmantes, consultar y ser consultado sobre los aspectos que puedan repercutir y/o alterar la buena marcha del Grupo de Empresas en general, o de cualquier centro de trabajo o empresa en particular -si así lo estima conveniente la representación de los trabajadores de la misma- en los aspectos económicos, sociales y laborales, abriéndose negociación en el seno del CGE, a propuesta de cualquiera de las partes, si las eventuales consecuencias sociales lo hicieran necesario. Todo ello sin perjuicio de las funciones legalmente establecidas para los Comités de Empresa y Delegados de Personal”.*

El legislador ha recogido aquel principio programático en el art. 4.1.g) del Estatuto de los Trabajadores a través de los órganos de representación y, de acuerdo con esta opción, el art. 61 ET regula el derecho de participación en la empresa. Pero, el legislador no ha admitido que la acotación de los electores pueda quedar sometida a un ámbito no superior a empresas y ha optado por cubrir sus puestos por elección de todos de los trabajadores del centro de trabajo, de manera que, no puede optarse por un ámbito de constitución distinto del establecido, en caso de considerar la unidad empresarial como ámbito de elección, sería contrario al mandato imperativo de la norma legal.

En principio, no podría existir una representación unitaria del grupo con los derechos reconocidos en las normas legales. No obstante, consciente el legislador de la importancia del mandato constitucional, el art. 61 ET abre un catálogo más amplio de participación con la apostilla “*y sin perjuicio de otras formas de participación*”⁵¹⁷. En esencia, al atribuir un catálogo de facultades a un órgano representativo creado *ad hoc* que, comporte un cierto grado de participación en la información de la no prevista como necesaria al servicio de la posición consultiva de los representantes, no pudiendo arbitrarse pactos en materia de representación que contraríen el mandato imperativo y necesario de las normas legales de representación. De acuerdo con esta opción, sería posible crear un comité de grupo en un convenio colectivo que, con independencia de las competencias establecidas en el art. 64 ET, se informe por la dirección del grupo de todos aquellos aspectos genéricos de la situación del grupo. Esto es, informar sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa; informar al comité del balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el

⁵¹⁷ Por ejemplo, los trabajadores designados por el empresario para las actividades de prevención de riesgos laborales -art. 34 y 35 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales-, en los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores, éstos deberán designar un representante común con el que se entenderán las siguientes diligencias -art. 19.2 LRJS- o, en procedimientos de despido colectivo, traslados colectivos y modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, de no existir representación legal de los trabajadores en la empresa, estos pueden atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada al efecto -art. 51.2, 40,2 y 41. 4 ET-.

caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a estos⁵¹⁸; informar respecto de la estrategia corporativa que pueda afectar al volumen de empleo –diversificación del negocio, fusiones, alianzas estratégicas, internacionalización- o, informar de la evolución de la plantilla.

De acuerdo con esta opción, estaría justificada la atribución de funciones de información, pero no de participación. En todo momento se conserva la titularidad formal de las distintas empresas y éstas siguen siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en que tienen lugar, por tanto, el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresas goza de las garantías y competencias específicas previstas en el art. 64 ET. Cuestión distinta, es si la participación en la información genérica del grupo que de su estudio podrían conducir a identificar una unidad empresarial laboral que, en principio no se daba, sin entrar en contradicción u oposición con las facultades atribuidas a los comités de empresa o de centros de trabajo en defensa de los derechos de los trabajadores.

1.2 La representación sindical

La LOLS reconoce en su art. 8 el derecho a constituir secciones sindicales a *“los trabajadores afiliados a un sindicato...en el ámbito de la empresa o centro de trabajo”*, art. 8 LOLS; mientras que el art. 10 LOLS posibilita la presencia de delegados sindicales *“en las empresas, o en su caso, en los centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores”*. En relación con estas premisas deben hacerse algunas precisiones:

- a) La constitución de las secciones sindicales no está sujeta a formalidades previamente establecidas, solamente, debe observar lo establecido en los estatutos de los trabajadores. Tan sólo será necesario la mera personalidad

⁵¹⁸ El Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, obligando en su artículo 2 a formular cuentas anuales consolidadas a los grupos de sociedades.

jurídica y la plena capacidad de obrar del sindicato para tener derecho a la constitución de secciones sindicales en la empresa o en el centro de trabajo.

- b) La decisión de constituir secciones sindicales corresponde a los afiliados del sindicato, independientemente del número de trabajadores y el de trabajadores afiliados a él y del tamaño del centro o de la empresa⁵¹⁹, aun cuando ésta tenga varios centros.
- c) Los delegados sindicales, son trabajadores que representan, a todos los efectos, a las secciones sindicales de sindicatos con presencia en los comités de empresa en las empresas o centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores (art. 10.1 LOLS). Se distingue, a los fines de determinar el número de delegados por cada sección sindical, entre sindicatos que hayan obtenido o no el diez por ciento de los votos en la elección al comité de empresa, si bien por acuerdo o negociación colectiva se podrá ampliar ese número. Sólo los delegados elegidos concurriendo tales circunstancias gozarán de las prerrogativas que reconoce el art. 10.3 LOLS⁵²⁰. Su elección se hará por y entre los afiliados de conformidad con los estatutos del sindicato.

Como en el caso anterior, no existe ninguna referencia en la LOLS a una posible representación sindical que tenga como unidad de referencia el grupo de empresa, en lugar de la empresa o centro de trabajo. La duda que se plantea es si cabría establecer por convenio colectivo la formación de secciones sindicales y delegados sindicales de grupo.

⁵¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de junio de 1992 (Rec. 2094/1991).

⁵²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo 1988 (Número 841/1988). Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989 (Número 1223/1989). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de mayo de 1998 (Rec. 513/1998).

1.2.1 La representación sindical en los grupos de empresa a través de la negociación colectiva

Ante el silencio de la LOLS sobre la configuración de secciones sindicales y delegados sindicales con referencia a los grupos de empresa, podría argüirse que si este tipo de representación podría derivar del ejercicio de las facultad de libertad interna de autoorganización de los sindicatos, *“aunque las empresas no están obligadas a reconocer la condición y prerrogativas de los delegados sindicales designados, más en cuanto concurren las condiciones previstas en el art. 10 LOLS”*⁵²¹, salvo claro que estas formas de representación se establezcan en convenio colectivo.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1988 (Número 841/1988) señala que existe obstáculo, a tenor del art. 10.1 LOLS , para que los afiliados constituyan una sección de ámbito general para los distintos centros de trabajo de la empresa y nada impide que los trabajadores afiliados a un sindicato y pertenecientes a un grupo empresarial —tipificado como tal— puedan constituir también sección sindical en ese ámbito. En esta misma línea se pronuncia la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 (Rec. 31/2009)⁵²². De esta manera, en atención a la más autorizada doctrina⁵²³, pueden distinguirse dos situaciones distintas: a) cuando se trata de un grupo fraudulento o ficticios, ocultando caso en el que se trataría de una empresa única, en su ámbito podrían constituirse las secciones sindicales y, en su caso, elegir delegados sindicales y; b) cuando el grupo no sea reconducible a la unidad

⁵²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo 1989 (Rec. 405/1987).

⁵²² En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994 (Rec. 3902/1992). Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo 1988 (RJ 1988/4297).

⁵²³ SALA FRANCO, T. (1994), “Las relaciones colectivas en los grupos de empresa”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial. Pág.49. TOMAS SALAS también hace referencia a dos situaciones distintas:” a) cuando se trata de un grupo de empresas ficticios o fraudulentos, se trataría en realidad de una empresa única y, en su ámbito, podría constituirse las secciones sindicales y, en su caso, delegados sindicales y; b) cuando se tratara de un grupo no reconducible a la unidad de empresarial a efectos laborales, en principio no podría haber secciones sindicales no delegados sindicales de grupo, si bien podrían existir de hecho los sindicatos en el ejercicio de sus facultades de autoorganización de los sindicatos. Cabrá, no obstante, que por convenio colectivo se establezcan secciones sindicales y, delegados sindicales”.

empresarial a efectos laborales, en principio, no podría haber secciones sindicales ni delegados sindicales de grupo con los derechos reconocidos en la LOLS, a menos que por convenio colectivo se establezcan secciones sindicales y delegados sindicales de grupo.

En la doctrina científica hay unanimidad en torno a este debate. Así pues, CRUZ VILLALÓN⁵²⁴ viene a reconocer que “de la misma manera que la negociación colectiva antes de la LOLS introdujo la acción sindical en la empresa, institucionalización las secciones sindicales, con posterioridad a la misma será también posible la introducción de la representación sindical a nivel de grupo de empresas a través de convenios”. Por su parte, SEMPERE NAVARRO y ARETA MARTÍNEZ⁵²⁵ se alinean con la posibilidad de constituir secciones sindicales con implantación de todas las empresas de los grupos. Ahora bien, al mismo tiempo reconocen la dificultad que entraña su constitución, si no media una voluntad bilateral y el eventual recorte de autonomía sindical que ello puede comportar⁵²⁶, además de advertir que “este nivel de representación de los trabajadores a escala grupal no conlleva una participación directa en la toma de decisiones equiparable a la que puedan tener los órganos de representación de los trabajadores en cada una de las empresas del grupo”⁵²⁷.

⁵²⁴ CRUZ VILLALÓN, J (1992), ob. cit., p. 244. En el mismo sentido, MONEREO PEREZ, J (1991), ob. cit., p.140.

⁵²⁵ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p.110.

⁵²⁶ Como ejemplo los autores mencionan el Convenio Colectivo de las Empresas Ediciones Primera Plana, S.A., Gráficas de Prensa Diaria, S.A., Zeta Servicios y Equipos, S.A., Logística de Medios de Catalunya, S.L., Zeta Gestión de Medios, S.A., y Grupo Zeta, S.A. (Resolución de 26 de febrero de 2003. BOE núm. 88, de 12 de abril de 2003), cuyo art. 55 dispone que «la plantilla del Grupo de Empresas se contabilizará como si de una sola empresa se tratase. Ello comportará que los Delegados Sindicales se denominarán Delegados Sindicales de Grupo de Empresas, renunciando con ello a utilizar individualmente cualquier Sección Sindical dicha prerrogativa en cualquier Empresa del Grupo que pudiera corresponderle, ya que la partes entienden que la medida acordada de constituir Secciones Sindicales de Grupo de Empresas no supone un recorte de derechos sino una mejora de la mencionada Ley (LOLS)».

⁵²⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p.111.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se llega a las mismas conclusiones que ya vimos para el caso de la representación unitaria de los trabajadores si distinguimos entre: a) grupos de empresas fraudulentos y; b) grupos de empresas laborales.

- a) Puede resultar extraño que un grupo que actúe fraudulentamente salga beneficiado en lo concerniente a la formación de secciones sindicales y, en su caso, de elección de delegados sindicales, pero si se acepta el grupo de empresas fraudulento como una única realidad empresarial, la elección o designación de representantes o delegados queda encuadrada dentro del ejercicio de libertad interna de autoorganización del sindicato en la empresa o centro de trabajo, conforme reconoce el art. 10 LOLS. Evidentemente, la cuestión es levantar el velo de la personalidad jurídica de las componentes para identificar una unidad empresarial laboral.
- b) Por otro lado, en el caso de un grupo de empresas, donde no fuera posible levantar el velo de la personalidad jurídica de las empresas, podría darse la constitución de secciones sindicales, con los derechos atribuidos por la LOLS a través de convenio colectivo, siempre y cuando las competencias asignadas no se situaran en contradicción o en oposición a las que tiene atribuidas las secciones sindicales y delegados sindicales de centro de trabajo o empresas.

Por otra parte, en el supuesto de la existencia de un grupo de empresas no reconducible a la unidad empresarial a efectos laborales, la participación de la representación unitaria y representación sindical en el grupo sería discutible. En materia de información al empresario no se le puede exigir una actividad informativa superior a la impuesta por la norma⁵²⁸. Ahora bien, el derecho a recibir información del grupo de empresas a través de los delegados sindicales o representantes de los trabajadores estaría justificada si fuese solicitada, en la medida en que el art. 64 ET

⁵²⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 03 de diciembre de 2007 (Rec. 155/2007).

establece el derecho a ser informado sobre la situación y evolución de la empresa o cambios en el estructura organizativa de la empresa, en realidad esta información no sería contraria al mandato imperativo y necesario de las normas legales y, por tanto, los delegados sindicales y representantes de los trabajadores creados en el ámbito de centro de trabajo o empresa, el derecho a recibir dicha información tal y como señala el art. 64.1 ET. En todo momento, la participación quedaría circunscrita a un derecho de recibir información y documentación genérica del grupo por parte del empresario.

2 La negociación colectiva

La negociación colectiva es el proceso por el que empresario y los representantes de los trabajadores tratan de alcanzar un acuerdo sobre el régimen laboral aplicable en su ámbito de representación por un tiempo determinado.

La negociación colectiva tiene como objeto regular la jornada y tiempo de trabajo, descanso, salario, vacaciones, clasificación profesional, promociones, movilidad, excedencias, régimen disciplinario, seguridad y salud y cualquier otra materia que pueda afectar al interés de las partes negociadoras. Los acuerdos alcanzados en la negociación quedarán plasmados en un convenio firmado por las partes negociadoras, pudiendo dar lugar a: a) convenios colectivos estatutarios, dotados de eficacia personal general y eficacia jurídica normativa (arts. 82 a 92 ET); b) convenios colectivos extraestatutarios con eficacia entre las partes negociadoras (art. 37 CE); c) acuerdos marcos, que más que regular condiciones de trabajo, determinan la actividad de negociación y crean la estructura para la negociación colectiva en niveles inferiores (art. 83.2, 87 y 88 ET); y d) acuerdos sobre materias concretas de la relación laboral (art.83.2 y 3 ET).

El convenio colectivo tiene eficacia de aplicación directa y automática en las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación. De este modo, el convenio se inscribe en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo, quedando subordinado a las normas vigentes y también al principio constitucional de igualdad y no discriminación. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de

1987 (Rec. 450/1985), señalando que, en cuanto que el convenio colectivo *“tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución (ATC 643/1986, de 23 de julio) y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación”*.

En principio, la negociación a nivel de grupo no estaba expresamente prevista en la relación de unidades de negociación del Título III del ET. Las reglas de legitimación de negociación solamente contemplaban dos ámbitos: a) el convenio de empresa o ámbito inferior y; b) el convenio de ámbito superior al de empresa, lo que suscitaba dudas sobre qué reglas debían aplicarse al grupo de empresas, o bien, más allá, si dicha unidad de negociación queda en todo caso fuera de las previsiones del estatuto de los trabajadores y, por tanto, en dicho nivel sólo podían pactarse convenios colectivos extraestatutarios de eficacia limitada.

En el año 2011 tuvo entrada el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, a través de la cual se incorporó a la negociación colectiva los grupos de empresa, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación.

Ante este panorama, resulta interesante analizar como: a) el jurista ha regulado la negociación colectiva en el grupo de empresas antes de la aparición del Real Decreto; b) la representación de los trabajadores en la negociación colectiva y; c) prioridad en la aplicación del convenio de empresa o grupal.

2.1 La negociación colectiva grupal anterior a la entrada del RDL 7/2011

Al principio, el desarrollo de los convenios colectivos a nivel de grupo no tenía un marco de regulación estatutario, entonces tan solo convenios de empresa o ámbito

inferior, incluyendo los convenios franja y de ámbito superior a empresas⁵²⁹, lo que no era óbice para que se negociaran convenios colectivos de grupo de carácter extraestatutario⁵³⁰ con apoyo en la regulación constitucional. En este sentido, el art. 37 establece el derecho a la negociación colectiva. Puesto que no se trata de un derecho fundamental, no requiere que la ley que lo regule sea orgánica y, en principio, su violación no puede tutelarse mediante el recurso de amparo constitucional. “Ahora bien, en la medida que forma parte del derecho de la libertad sindical⁵³¹, determinadas lesiones al derecho de negociación colectiva, por implicar lesiones al derecho de libertad sindical, puede propiciar el amparo constitucional”⁵³².

En ese contexto, se planteaba si, a pesar de haberse implantado en la práctica negocial a nivel de grupo sin un respaldo normativo expreso, era posible darle una cobertura jurídica dentro del Título III del Estatuto de los Trabajadores y, en su caso, quien tendría legitimación para negociar convenios colectivos de grupo, a sabiendas que el nivel de negociación previsto en el art. 87 ET solo contemplaba el ámbito empresarial o supraempresarial —negociado por asociaciones empresariales no por la

⁵²⁹ Anterior a la regulación estatutario, la Ley 83/1973, de 19 de diciembre, de convenios Colectivos Sindicales de trabajo, en su art. 5.2, reconocía que los convenios colectivos podían afectar “a un grupo de empresas definidas por sus especiales características, tanto si son de ámbito nacional, interprovincial, provincial, comarcal o local”.

⁵³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C (1999). “La negociación colectiva en los grupos de empresa: problemas, tendencias y perspectivas”. *Revista Tribuna Social*, número 98. Pág. 53 y ss.

En este sentido también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 2001 (Rec. 2877/1996). “*Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal erga omnes, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias*”.

⁵³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 02 de junio 2004 (Rec. 4248/2002). “*Este Tribunal reiteradamente ha declarado que el art. 28.1 CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos —huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos— que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical*”.

⁵³² SALA FRANCO, T. (2014), “La negociación colectiva”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), *Derecho del Trabajo*. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 628.

agrupación de empresas—. En este sentido, la doctrina judicial⁵³³ y la científica⁵³⁴ entendieron posible una negociación a nivel de grupo con carácter estatutario, al considerar estas “*unidades pluriempresariales*” como integradas en un ámbito empresarial. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1993 (Rec. 2724/1998), reconoce la libertad de elección de la unidad de negociación de convenio que recoge el art. 83.1 ET, que reconoce la libertad de determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Ahora bien, esta posibilidad estaría sometida a ciertas limitaciones, entre ellas las que pueden surgir de la articulación del art. 83.2 y 87 ET y la que deriva de la necesidad de que el ámbito del convenio colectivo de eficacia general quede “*definida con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de representatividad exigidos*”.

La jurisprudencia, apoyándose en la regla general de libertad de elección de la unidad de negociación de convenios que reconocía el art. 83.1 ET posibilitaba que los grupos pudieran negociar estatutariamente, de hecho, la jurisprudencia permitía plenamente la posibilidad de negociación entre dos o más empresas del grupo, salvo

⁵³³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993 (Rec. 1972/1991). Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1995 (Rec. 2858/1993). Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1995 (Rec. 2215/1994).

⁵³⁴ OJEDA AVILES, A (1990). “*Derecho Sindical*”. Tecnos. Pág. 675. DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, M (2005). “Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos”. *Revista Aranzadi Social*, tomo V. Págs. 1275 y ss. RIVERO LAMAS, J (1992). “La legitimación empresarial para la negociación colectiva (Asociaciones empresariales legitimadas para negociar: La legitimación en grupo de empresas)”. *Revista Relaciones Laborales*, número 2. Pág. 430.

exclusión discriminatoria⁵³⁵ e, incluso, la negociación entre dos empresas diferentes, de distintos ámbitos territoriales y personales⁵³⁶.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1999 (Rec. 4295/1998), advirtió, al analizar las sentencias anteriores, que no se había mantenido un criterio uniforme y la solución al problema no era fácil, porque si se optaba por la aplicación de las normas sobre convenios de ámbito superior al de empresa se obligaba *“a la parte empresarial a actuar a través de una asociación empresarial, lo que no resulta(ba) adecuado a la estructura unitaria real del conjunto o grupo...pero la opción por el convenio de empresa también presenta(ba) dificultades, ya que, aparte de la necesidad de establecer en cada caso la unidad efectiva del grupo, la determinación de la representación de los trabajos se complica, pues, en principio, no hay órganos unitarios de representación para todo el conjunto, y esa representación se fragmenta en las unidades complejas hasta el punto de hacer muy difíciles en la práctica las decisiones coordinadas para la designación del órgano de negociación”*⁵³⁷. Así, el Tribunal estableció que, en el caso concreto, había de seguirse el denominado

⁵³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1995 (Rec. 2858/1993). *“...en este caso, se ha pactado no con todas las empresas que lo componen sino con sólo dos de ellas, dato este que no altera su configuración, aunque se puede decir que es un convenio de grupo parcial pues su ámbito no afecta a la totalidad. Esto se ampara en la libertad de fijación del ámbito del convenio que el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores confiere a las partes negociadoras, lo que es válido salvo que se produzca alguna exclusión discriminatoria, según han señalado reiteradas sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional”*.

⁵³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992 (Rec. 1941/1992). *“El convenio colectivo de autos...no se trata del Convenio de una sola empresa, pues la fusión de «A» y «B» todavía no se había producido; tampoco son dos convenios de empresa diferentes. La realidad de que se trata de un único convenio se constata, sin lugar a dudas, con la simple lectura y examen del mismo, sin que tal realidad pueda desvirtuarse por la circunstancia de que dentro del articulado del mismo y al lado de normas comunes para las dos empresas, haya algunas disposiciones específicas para cada una de ellas; a lo que se añade que el hecho de ser dos empresas diferentes, es decir «distintos ámbitos territoriales y personales» como dice la recurrente en el primer motivo, no significa, en absoluto, que no puedan tener un convenio único para ambas, pues, como vimos, el art. 83.1 del Estatuto permite plenamente esta posibilidad”*.

⁵³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 (Rec. 4295/1998).

criterio mixto⁵³⁸, en virtud del cual, había que diferenciar las reglas de legitimación en función de las partes de que se trate, aplicando la regla del art. 87.1 ET a la parte empresarial y el art. 87.2 ET y concordantes a la de los trabajadores. No obstante, el Tribunal excepcionaba la aplicación del criterio mixto en aquellos supuestos en el que la estructura organizativa de las entidades comprendidas en la unidad de negociación sea *“relativamente simple”*. Por tanto, a juicio del Tribunal, el criterio mixto⁵³⁹ debería aplicarse a *“entes complejos”*, por tanto, *“en el marco de un conjunto organizativo plural -varias personas jurídicas que ostentan posiciones empresariales independientes para su propio personal- con una dirección común y con un grado de complejidad significativo”*. Esta matización se incorporaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2001 (Rec.2544/2000), a la hora de aplicar el criterio de la Sentencia de 21 de diciembre de 1999 a *“Entes complejos”*, tales como las Administraciones Públicas, los grupos empresariales o, las grandes empresas de ámbito estatal⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 (Rec. 4295/1998). Voto Particular. *“...ante la falta de una norma específica que pueda aplicarse sin graves problemas hay que acudir, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, a la analogía, aunque ésta deba funcionar de forma selectiva separando las distintas reglas de legitimación y aplicando cada una de ellas al supuesto específico con el que tiene identidad. En este sentido es de todo punto evidente, conforme a las reglas de la experiencia, que una unidad de negociación de la extensión y complejidad de la que constituye el objeto del convenio controvertido...presenta más semejanza con una unidad supra empresarial que con otra de carácter empresarial y, por tanto, hay que aplicar las normas del Estatuto de los Trabajadores para los convenios de aquella clase, con la única excepción de lo previsto para la legitimación empresarial para la que ha de estarse a estos efectos a lo establecido en el artículo 88.1 del Estatuto de los Trabajadores . Por lo ya razonado en el fundamento jurídico cuarto, no sería lógico en un ámbito de esta extensión y complejidad obligar a que la legitimación se determine teniendo en cuenta la situación de los órganos de representación unitaria o sindical de cada organismo, centro directivo o centro de trabajo, como tampoco tendría sentido excluir aquí, sustituyéndolas por un criterio mayoritario puro, las reglas que el Estatuto de los Trabajadores establece a favor de la presencia de los sindicatos más representativos y de los sindicatos suficientemente representativos”*.

⁵³⁹ Criterio aplicado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2001 (2197/2000), Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2002 (Rec. 1001/2001), Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002 (Rec. 1198/2001), Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2003 (Rec. 68/2002).

⁵⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2004 (Rec. 25/2003).

2.2 Negociación colectiva de grupo de empresas: el art. 87 ET

En el año 2011 se promulgó el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. De acuerdo con la exposición de motivos como novedades *“más reseñables se encuentran en la adaptación de la regulación a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, como son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, a las que la norma se refiere como pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas”*. Tras la entrada del Real Decreto, el párrafo tercero del apartado uno del art. 87 ET, se modificó introduciendo legitimación expresa para negociar: a) a los grupos de empresas; y b) a las organizaciones conformadas como una *“pluralidad de empresas”*, esto es, empresas *“vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en el ámbito de su aplicación”* que se identifican con las denominadas empresas en red en la Exposición de Motivos del RD-Ley 7/2011.

El elemento que distingue a la empresa red⁵⁴¹ de los grupos empresariales sería el siguiente: mientras que en las primeras se produce una coordinación para impulsar los objetivos propios de cada empresario, en los grupos de empresas se produce un sometimiento de la empresa al interés del grupo. En palabras de OJEDA AVILES, la estructura empresarial de red se aleja del concepto del grupo de empresas a medida que el ordenamiento otorga a éste unos perfiles más definidos, sobre todo la unidad de titulares, dirección y/o caja única. En la actualidad, no cabe hablar de empresas en

⁵⁴¹ LAHERA FORTEZA, J., NOGUEIRA GUASTAVINO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F (2008). *“Otros supuestos carentes de reglas específicas en materia de legitimación negocial: empresas red intersectoriales”*. Esta doctrina forma parte del libro *“Manual Jurídico de Negociación Colectiva”*. La Ley. LA LEY 1486/2010. *“El fenómeno de las empresas red, como supuestos múltiples de colaboración interempresarial mediante relaciones distintas (de filiación, alianza, subcontratación, franquicia, concesionario, autónomo dependiente etc.)(...) se trata de casos de agrupación de empresas que conservan también cada una de ellas su personalidad jurídica propia, no dependientes económicamente entre sí, pero que optan por una estrategia de coordinación más o menos permanente”*.

red como un grupo horizontal, pues las empresas red no coordinan sus objetivos económicos, sino que comparten algún aspecto puntual de sus diversas actividades⁵⁴².

Sin embargo, el concepto de grupo de empresas al que hace referencia el art. 84 y 87 ET, no viene definido en el texto legal estatutario, es por ello, que el concepto al que se remite, bien puede tratarse:

Del concepto jurídico-mercantil de grupo de sociedades definido en el art. 42 CC, el más evidente sin duda.

También podría considerarse aquellos grupos de empresas que no ocultan su realidad y no responden a una actuación con finalidad defraudatoria. En realidad, son las “empresas de grupo” o “empresa-grupo” definidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2015)⁵⁴³, “que resultaría algo así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros”. “Grupos no patológicos”.

Y porque no, los “Grupos patológicos con efectos laborales” definidos por la doctrina de la Sala 4 del Tribunal Supremo.

Cabe pensar que la legislación laboral no haya pensado en la doctrina configurada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo para los grupos de empresas a efectos laborales. Sin embargo, Real Decreto-Ley 7/2011, ha tenido como objetivo la adaptación de la legislación a las condiciones cambiantes de la economía y empleo y, del propio modelo de relaciones laborales y negar la existencia de grupos patológicos en la negociación colectiva, es ir en contra de la modificación operada en legislación.

⁵⁴² OJEDA AVILÉS, A (2010). “Redes de empresas”. Esta doctrina forma parte del libro “La desconstrucción del derecho del trabajo”. Edición número 1. Editorial la Ley 14451/2010. Pág. 5.

⁵⁴³ CASAS BAAMONDE, Mª E; (2017). “Eficacia temporal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y ultraactividad”. *Derecho de las relaciones laborales*, número 5. Pág. 377.

2.2.1 Legitimación para negociar convenios colectivos en los grupos de empresa

La actual regulación de la legitimación de las partes para este tipo de convenios grupales puede calificarse como mixta, en línea con la jurisprudencia precedente, en el sentido de que se adopta por la parte empresarial el criterio seguido para los convenios de empresa y, para la parte social el de los convenios colectivos sectoriales⁵⁴⁴. Recordemos como, en un primer momento, la jurisprudencia —STS 27 de abril de 1995 (Rec. 2858/1193), STS 30 de octubre de 1995 (Rec. 1994/2115), STS de 15 de febrero de 1993 (Rec. 1972/1992) posibilitó incluir los convenios de grupo dentro del ámbito de empresa, por tanto, se legitimaba a las representaciones unitarias y a las representaciones sindicales de acuerdo con el art. 87.1 ET. Sin embargo, ante la dificultad de llevar a cabo una negociación colectiva de este tipo para la representación de los trabajadores, pronto fue admitida la posibilidad de que los negociadores fuesen los sindicatos más representativos en el ámbito del grupo —STS de 28 de octubre de 1999 (Rec. 1941/1992)—. Alguna sentencia posterior, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997 (Rec. 2717/1995), afirmó, sin mucho éxito, que *“mientras en los casos antes mencionados el convenio actúa sobre una unidad natural, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores del mismo, en cuanto tales, en los casos que ahora tratamos la unidad afectada es artificial, en tanto que se crea por la propia decisión de las partes que intervienen en el convenio y con la exclusiva finalidad de concertarlo”*. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 04 de junio de 2001 (Rec. 2877/1996), aclaró que *“la negociación excede del ámbito propio de la empresa matriz, no pueden considerarse representantes legítimos de los trabajadores del grupo quienes lo serían sólo de una de las empresas,*

⁵⁴⁴ MOLERO MANGLANO, C. (2013). “Convenios colectivos: La legitimación para negociar y el procedimiento de negociación”. *Revista Actualidad Laboral*, número 11. Pág.4. DE NIEVES NIETO, N. (2015). “La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios”. *Revista Derecho y Trabajo*, número 4. Pág. 11. GÁRATE CASTRO, J. (2013). “La nueva regulación de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos estatutario (1)”. Esta doctrina forma parte del libro *“La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva”*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre 2012. Pág. 15. La Ley 1399/2013. TOMÁS JIMÉNEZ, N. (2012). “El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red”. *Revista Trabajo y Seguridad Social*, número 356. Pág. 179.

especialmente *cuando el interés del personal de una empresa puede ser opuesto al del resto*".

El art. 87.1, tercer párrafo del ET ha previsto expresamente como ámbito negocial el de los grupos de empresa y el de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. Para que los convenios que se resulten de la negociación puedan ser calificados de estatutarios el legislador ha considerado requerir ciertas condiciones. Con relación a los sujetos negociadores que han de acordar el contenido del convenio estatutarios se requiere, además de la capacidad, que ostente la legitimación para negociar⁵⁴⁵.

Eso supone que la legitimación inicial o derecho a participar en la negociación colectiva contenida en el artículo 87 ET debe estar completada con la denominada legitimación plena⁵⁴⁶, que establece las mayorías necesarias a alcanzar para la válida constitución de la comisión negociadora (art. 88 ET). La primera habilita para negociar y la segunda capacita para constituir la comisión negociadora⁵⁴⁷.

A efectos de establecer los requisitos de representatividad en la legitimación negocial, se concede legitimación para negociar convenios colectivos de grupos de empresas a los siguientes sujetos:

⁵⁴⁵ DE NIEVES NIETO, N. (2015), ob. cit., p.3.

⁵⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de noviembre de 2002 (Rec. 11/2002). *“Eso supone que la legitimación inicial debe estar completada con la denominada legitimación plena, que se determina en cada caso por el grado de representatividad acreditada para el supuesto concreto, en función de los ámbitos del convenio a negociar y de la composición de la comisión negociadora, de tal suerte que sólo los legitimados inicialmente pueden ocupar algún puesto en la mesa de negociación, y lo harán en proporción a su representatividad real”*.

⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1995 (Rec. 3470/1992). *“...una, que habilita para negociar, otra, que capacita para constituir la comisión negociadora, y, por último, la que es exigida para dar validez a los acuerdos”*.

a) Por el lado de los trabajadores poseen legitimación inicial los sindicatos que acrediten la condición de mayor representatividad —de ámbito estatal⁵⁴⁸ o de Comunidad Autónoma⁵⁴⁹— y los que acrediten una representatividad mínima del 10 por ciento en el ámbito correspondiente (art. 87.1, párrafo tercero ET), descartando por tanto la presencia de las representaciones unitarias⁵⁵⁰.

La legitimación plena para negociar estos convenios de grupos de empresas o de empresas red se consigue cuando la comisión negociadora está formada por los sindicatos o las federaciones o confederaciones que representen como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal de todas las empresas que integren el grupo o la red (art. 88.4 ET).

b) Por la parte patronal, la legitimación inicial, la posee la representación de las empresas en relación con el art. 87.3.b) ET⁵⁵¹.

Legitimación plena, se consigue en este caso cuando la comisión negociadora en los convenios de grupos de empresas o de empresas esté formada por las asociaciones empresarial que representen como mínimo a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio (art. 88.4 ET).

2.2.2 Concurrencia de convenios: prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo.

En cuanto al principio de no concurrencia de convenios establecido por el art. 84 ET, un convenio colectivo durante su vigencia no puede ser afectado por convenios de

⁵⁴⁸ Así como en sus respectivos ámbitos las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

⁵⁴⁹ Así como las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

⁵⁵⁰ MOLERO MANGLANO, C. (2013), ob. cit., p. 4. “...en ese sentido, se ha apuntado que hubiera sido preferible otorgar preferencia al criterio sindical, pero sin excluir tajantemente la posibilidad de intervención de representaciones unitarias. En particular, en caso de existencia de algún órgano de representación intergrupal”.

⁵⁵¹ MOLERO MANGLANO, C. (2013), ob. cit., p. 4. “...lo que puede originar problemas en caso de discrepancias entre las distintas organizaciones, pero que serán problemas más a la hora de configurar la comisión negociadora que a la hora de reconocerse la legitimidad”.

ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme el art. 83.2 ET. Esta excepción se introdujo el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral y, que consta en el apartado 2 del art. 84 ET, en virtud del cual, *“la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET”*. De ello, se desprende que la nueva regulación no sola da prioridad al convenio colectivo de empresa respecto del convenio colectivo en vigor, sino también que lo amplía al convenio de grupos de empresas. No obstante, solo tendrá prioridad respecto de las materias descritas en el apartado 2 del art. 84 ET⁵⁵².

Lógicamente, por cuanto aquí interesa, y de acuerdo con la literalidad del art. 84.2 ET, en caso de conflicto entre convenio colectivo de empresa y convenio colectivo de grupo de empresas: ¿a qué convenio se le otorga la prioridad aplicativa? En

⁵⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2016 (Rec.248/2015). *“La prioridad del convenio de empresa y, grupos de empresas actúa como excepción a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador”*.

contestación a la pregunta, tiene prioridad aplicativa los convenios de empresa sobre los convenios grupales. La respuesta tiene su justificación en las razones recogidas en la exposición de motivos de las mejoras urgentes del mercado laboral, incluidas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ha procurado *“facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y sus trabajadores”*⁵⁵³, con el objetivo de adaptar el salario y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad, en un contexto de crisis muy grave, *“procurando favorecer la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores”*⁵⁵⁴. Medidas todas ellas encaminadas a favorecer una negociación de las condiciones de trabajo *“en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y sus trabajadores”*⁵⁵⁵.

La prioridad del convenio de empresa actúa como excepción a la regla general del apartado 1 del art. 84 ET y, por ello, debe entenderse que la potenciación del convenio de empresas o grupo de empresas debe entenderse bajo las siguientes circunstancias:

⁵⁵³ Exposición de Motivos Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

⁵⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2016 (Sentencia número 119/2014).

⁵⁵⁵ Exposición de Motivos Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015 (Sentencia número 8/2015). *“El legislador ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada sobre el resultado de una negociación centralizada, en uno y otro caso, entre los “representantes de los trabajadores” y los empresarios, asumiendo como de mayor validez el criterio de la cercanía del representante a la empresa, sobre el de su lejanía, cuando se trata de regular condiciones de trabajo afectantes a determinadas materias. Por lo demás, la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad, ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo con fundamento en el nuevo art. 84.2 LET”*.

a) La concurrencia entre convenios se exige entre dos convenios estatutarios⁵⁵⁶ regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, que exige, entre otras cosas, que esté publicado y registrado⁵⁵⁷.

b) La negociación de un convenio de empresa o grupo de empresa puede realizarse en cualquier momento y, dentro del ámbito de aplicación del convenio vigente.

c) La prioridad aplicativa del convenio de empresa se aplica solamente a las enumeradas en el art. 84.2 ET y respecto de las mismas condiciones laborales ya previstas en un convenio colectivo vigente de ámbito superior al de empresa.

d) La unidad de negociación es la empresa y no el centro de trabajo⁵⁵⁸.

En las materias enumeradas en el art. 84.2 ET, el convenio de empresa puede contener condiciones más desfavorables que el vigente. En este caso, conforme la dicción de la norma, la prioridad aplicativa la tiene el convenio de empresa,

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1994 (Rec. 2197/1993). Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio 2009 (Rec. 91/2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 248/2015). Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 2017 (Rec. 115/2016). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de octubre de 2015 (Rec. 3194/2015). “...La regla del art 84 sobre concurrencia de convenios e intangibilidad regulatoria sólo se aplican a aquellos supuestos de conflicto entre convenios estatutarios, y no a los convenios de empresa de carácter extraestatutario, que no se ven afectados por las reglas de la concurrencia”.

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre 2012 (Rec. 594/2011). “Por tanto, como estamos ante un convenio que no ha sido registrado y publicado y que no es de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores”.

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 2017 (Rec. 115/2016). “A ello podemos añadir, por un lado, que cuando el legislador quiso ampliar la referencia aplicativa más allá de los convenios de empresa lo hizo expresamente ampliándola a los convenios “de grupo o grupo de empresas”, no haciéndolo respecto de unidades de negociación de ámbito inferior a la empresa; y, por otro, lado que un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extiende a los centros de actividad y a los trabajadores que radican y prestan servicios, respectivamente, en el ámbito de una determinada Comunidad Autónoma, no puede considerarse un convenio de empresa si se tiene en cuenta que existen centros de actividades radicados en otras comunidades autónomas y trabajadores que prestan servicios fuera de la comunidad autónoma a la que se circunscribe el convenio discutido”.

independientemente de que contenga condiciones menos ventajosas para los trabajadores⁵⁵⁹. La norma es muy clara al respecto.

En estas circunstancias, parece lógico pensar que se imposibilita la negociación colectiva en un ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé la prioridad contemplada en el art. 84 ET, pero nada más lejos de la realidad, no porque no sea cierto, sino porque materialmente se hace difícil la negociación a nivel de empresa. En la actualidad, el tejido empresarial está conformado por un gran número de pequeñas empresas que no cuenta con representación sindical a la hora de negociar o bien tienen una representación unitaria muy débil o inexistente, con la consiguiente posición de dominio del empresario frente al trabajador en la negociación. Si se analiza la estadística de convenios colectivos de trabajo firmados a nivel de empresa y de ámbito superior a la empresa, es obvio que, a pesar de la reforma laboral operada el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, el número de convenios a nivel de empresa, no ha experimentado el incremento deseado.

Año de firma	CONVENIOS			TRABAJADORES			% CONVENIOS RESPECTO DEL TOTAL		% TRABAJADORES	
	Total	Empresa	Ámbito Superior a la empresa	Total	Empresa	Ámbito Superior a la empresa	Empresa	Ámbito Superior a la empresa	Empresa	Ámbito Superior a la empresa
2011	1.365	1.035	330	2.628.901	251.751	2.377.150	9,58%	90,42%	75,82%	24,18%
2012	1.582	1.241	341	3.195.164	289.375	2.905.789	9,06%	90,94%	78,45%	21,55%
2013	2.502	1.897	605	5.247.575	376.470	4.871.105	7,17%	92,83%	75,82%	24,18%
2014	1.859	1.522	337	2.169.246	249.303	1.919.943	11,49%	88,51%	81,87%	18,13%
2015	1.606	1.277	329	3.548.975	172.852	3.376.123	4,87%	95,13%	79,51%	20,49%
2016	1.866	1.488	378	2.832.343	290.427	2.541.916	10,25%	89,75%	79,74%	20,26%
2017	1.892	1.465	427	3.920.950	277.327	3.643.623	7,07%	92,93%	77,43%	22,57%
2018	1.825	1.404	421	4.537.567	261.200	4.276.367	5,76%	94,24%	76,93%	23,07%

1 ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. CONVENIO FIRMADOS

⁵⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de abril de 2016 (Rec. 147/2015). “En las materias enumeradas en el art. 84.2ET, la prioridad aplicativa se produce, aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la Ley para cada concreta materia”.

Se puede observar en el cuadro que⁵⁶⁰, desde la entrada en vigor del Real Decreto, hasta 2018 y tomando referencia el año 2011, solamente se ha producido un incremento mínimo de los convenios de empresas en el año 2014 y 2016, mientras que el resto de los años ha disminuido su firma. La descentralización de la negociación colectiva no ha contribuido a adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, los datos lo confirman.

Los motivos pueden ser variados, pero principalmente, como ya he señalado, se debe a la falta de representación sindical o a la inexistencia de representación unitaria que hace imposible la negociación, consecuencia, de la atomización del tejido empresarial español.

3 El derecho de huelga y los grupos de empresas

La Constitución reconoce el derecho de huelga, como un derecho fundamental de los trabajadores *“para la defensa de sus intereses”*. Además, *“la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”* (art. 28.2 CE). En consecuencia, tratándose de un derecho fundamental el derecho de huelga solo puede ser desarrollado por Ley Orgánicas, art. 81.1 CE.

Sin embargo, lo cierto es que, desde la aprobación de la Constitución no se ha producido este desarrollo legal y hasta que se produzca la única regulación existente se encuentra recogida en un texto preconstitucional, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, que continúa en vigor, si bien es cierto que con limitaciones. Tales limitaciones derivaron en la presentación de un recurso de inconstitucional contra algunos de sus preceptos, lo que dio lugar a la Sentencia del

⁵⁶⁰http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct19sepav/Resumen_resultados_CCT_septiembre-19.pdf

Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980)⁵⁶¹. De este modo, la regulación actual hay que buscarla en el “Real Decreto-Ley 17/1997 a la luz de la citada sentencia y otras posteriores de mismo Tribunal y de una importante jurisprudencia de los Tribunales ordinarios lo que hace complejo precisar el régimen exacto del derecho de huelga”⁵⁶².

Pues bien, en atención a las cuestiones que se pretenden analizar en relación con la repercusión del derecho de huelga en los grupos de empresa, interesa destacar las siguientes características de este derecho y su régimen jurídico.

Se trata de un derecho fundamental, incluido en el art. 28.2 CE, de eficacia inmediata y no necesita la intervención posterior del legislador para que pueda ser invocada y aplicada por los Tribunales.

La titularidad del derecho pertenece al trabajador y a cada uno de ellos le corresponde el derecho de ejercitarlo, participando o no voluntariamente en el desarrollo de la huelga, pero, en cualquier caso, ha de ejercitarse colectivamente. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980) ha identificado el ejercicio colectivo con el derecho a *“convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada”*. En consecuencia, la

⁵⁶¹ “El **artículo 3º**,... (es) inconstitucional(es) la(s) exigencia(s) establecida(s) en dicho artículo de que el acuerdo de huelga se adopte en cada Centro de trabajo (**apartado 1º**), la de que a la reunión de los representantes haya de asistir un determinado porcentaje [**apartado 2º, a)**] y la de que la iniciativa para la declaración de huelga haya de estar apoyada por un 25 por 100 de los trabajadores...el **apartado 1º del artículo 5º** no es inconstitucional referido a huelgas cuyo ámbito no exceda de un solo Centro de trabajo, pero que lo es, en cambio, cuando las huelgas comprendan varios Centros de trabajo...es inconstitucional el **apartado 7º del artículo 6º** en cuanto atribuye de manera exclusiva al empresario la facultad de designar los trabajadores que durante la huelga deban velar por el mantenimiento de los locales, maquinaria e instalaciones...es inconstitucional el **párrafo 1º del artículo 10** en cuanto faculta al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, pero no en cuanto le faculta para instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros...es inconstitucional la expresión «directamente» del **apartado b) del artículo 11**...son inconstitucionales el **apartado b) del artículo 25** y el **artículo 26**”.

⁵⁶² ALFONSO MELLADO, C.L (2014), “Conflictos colectivos”, en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 668.

declaración de huelga, exige la adopción de un acuerdo expreso por cualquiera de los que están facultados para ello, con los requisitos exigidos en cada caso para la válida formación del ente convocante. La legitimación le viene atribuida constitucionalmente a: a) los trabajadores del centro de trabajo o de una empresa, debiendo adoptarse la decisión por mayoría simple, es decir, de los trabajadores que hayan ejercido su derecho al voto y mediante votación secreta, haciendo constar el resultado de ésta en acta (art. 3.2.b RD-Ley 17/1977); b) los sindicatos con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extiende⁵⁶³, mediante acuerdo adoptado por el el órgano legitimado según sus estatutos y en la forma en ellos prevista; y c) los trabajadores a través de su representantes —comités de empresas o delegados de personal—, mediante acuerdo adoptado en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos, que deberá recogerse en acta, firmada por los asistentes (art. 3.2.a RD-Ley 17/1997).

Por otra parte, se trata de un derecho irrenunciable e indisponible, siendo nulos los pactos establecidos en los contratos individuales de trabajo que contengan renuncia o restricción al derecho de huelga, aunque se permite la renuncia temporal a su ejercicio negociado en convenio colectivo a través de las cláusulas de paz laboral. Los pactos de paz social tan sólo suponen una suspensión temporal del derecho de huelga, no afecta al derecho al derecho en sí mismo, sino sólo a su ejercicio no resultando inconstitucional ni ilícitas cuando se obtienen a cambio determinadas compensaciones⁵⁶⁴.

En relación con los titulares individuales del derecho de huelga se plantea la duda de determinar a quién se considera trabajadores. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980), considera: a) los trabajadores

⁵⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980).

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980). *“Cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones, no se puede decir que un pacto como éste, que es un pacto de paz laboral, sea ilícito y menos aún contrario a la Constitución”*.

subordinados y por cuenta ajena; y b) al personal sometido a relaciones laborales, incluido el que presta servicios para una empresa pública o para la administración⁵⁶⁵. Respecto de estos últimos hay que señalar que el derecho de huelga de los funcionarios públicos se reconoce en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público (art. 15.c), como derecho individual de ejercicio colectivo. Además, se establece la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y se tipifica como falta muy grave el realizar actividades que coarten el ejercicio del derecho de huelga y el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga (art. 95.2.i y j).

En contraposición no tienen reconocido el derecho a la huelga: a) a los trabajadores independientes, “autopatronos” —ahora trabajadores autónomos— o profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo⁵⁶⁶; b) los miembros de las Fuerzas Armadas e institutos armados de carácter militar, conforme el art. 42. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio; c) los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, de acuerdo con el art. 6.8 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo; y d) la Guardia Civil, art. 12, conforme a la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre y)

Finalmente, hay que señalar que el derecho de huelga, en cuanto derecho fundamental, goza de una tutela específica articulada mediante un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios, conforme el art. 53.2 CE y los arts.

⁵⁶⁵ “No es discutible que el personal sometido a relaciones laborales ligado en virtud de ellas con una empresa pública o con la Administración, ostenta el derecho de huelga”.

⁵⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980). “Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el art. 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatronos o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan”.

177 a 184 LRJS y, en su caso, mediante el recurso de amparo del Tribunal Constitucional, cuando el empresario sustituye al trabajador huelguista por otro trabajador no vinculado a la empresa durante el ejercicio del derecho a huelga.

El ejercicio del derecho de huelga es el cese temporal y concertado de la prestación de trabajo por parte de los trabajadores, como medida de presión en defensa de sus intereses (art. 7.2 RD-Ley 17/1977), llevado a cabo sin ocupación, por parte de los trabajadores, del centro de trabajo o de sus dependencias (art. 7.1 RD-Ley 17/1977). Así, el ejercicio del derecho de huelga es una medida de presión que se materializa en el cese de la prestación por parte de los trabajadores afectados y la no ocupación por los trabajadores del centro de trabajo.

Ahora bien, el art. 6.5 RD-Ley 17/1977 establece que, en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en el caso de la excepcionalidad predicada en el art. 7.2 de la misma norma. Esta medida que se conoce como la prohibición del esquirolaje externo, plantea dudas acerca de si su prohibición alcanza a la posible contrata o subcontrata con otras empresas de obras o servicios correspondientes a su propia actividad.

El interés por esta cuestión cobra especial relevancia después de comprobar cómo en las nuevas estructuras empresariales complejas han comenzado a proliferar conflictos laborales, especialmente con ocasión de procesos de reestructuración empresarial con despidos colectivos que han tenido como medida de presión el ejercicio del derecho de huelga para evitar los despidos y cierres de centros de trabajo. Estos conflictos laborales y las huelgas planteadas frente a los procesos de despidos colectivos en los grupos de empresas han terminado en sede judicial calificando las conductas de los trabajadores y empresas. El debate del derecho de huelga en los grupos de empresas no había sido objeto de atención en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien es cierto que las medidas de conflicto colectivo en procesos de descentralización productivas cuentan con precedentes en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha entrado a valorar si, en las empresas conectadas entre sí por una especial vinculación, el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa subcontratada queda vulnerado cuando la empresa principal decide contratar con una empresa distinta a dicha subcontrata el servicio que ésta última venía prestando, de forma que le es posible continuar el servicio y llevar a cabo su actividad.

La cuestión que se plantea en estos momentos es si resulta posible invocar la tutela del derecho huelga frente a terceros que no son empleadores de los trabajadores huelguistas, cuando contratan con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga convocada por aquella empresa en los casos de subcontratación y su extensión analógica a los grupos de empresas.

Puede pensarse que son estructuras organizativas diferentes, con un régimen jurídico de obligaciones y responsabilidades también diferentes, pero, a pesar de ello, no ha impedido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya sido utilizada por la jurisdicción social como referencia a la hora de determinar el alcance y repercusión del ejercicio del derecho de huelga en los grupos de empresa, en este contexto son significativas las Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006), de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3568/2006), de 16 de noviembre de 2010 (Rec. 3569/2006) y de 16 de noviembre de 2010 (Rec.4931/2010).

3.1 La vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario de la relación laboral

Puede suceder que, convocada una huelga por los trabajadores de una empresa no integrada en un grupo de empresas entre las que existe una relación mercantil, quien no es empresario de los trabajadores huelguistas contrate con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga convocada en aquella empresa.

Ante esta supuesto de hecho se ha pronunciado el Tribunal Constitucional dando lugar a la Sentencia de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006), de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3568/2006), de 16 de noviembre de 2010 (Rec. 3569/2006) y de 16 de noviembre de 2010 (Rec.4931/2010), que recaen en supuestos prácticamente

idénticos, admiten que en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación, cualquier actuación que pueda desarrollar el empresario principal, con la finalidad de lesionar el derecho a la huelga de los trabajadores de la empresa subcontratada, a pesar de no ser su empresario estaría vulnerando el derecho de huelga de los trabajadores. Las dos primeras sentencias cuentan con tres votos particulares en contra, suscritos por cuatro Magistrados y, las dos siguientes cuentan con cuatro votos en contra suscritos por cinco Magistrados.

La pregunta es si es posible acogerse a los razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para su aplicación analógica en el ámbito del grupo de empresas. Para ello, se analiza a continuación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Sentencia 75/2010)

3.1.1 Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010

3.1.1.1 *Supuesto de hecho*

El supuesto que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Sentencia 75/2010) planteó la siguiente cuestión litigiosa: La empresa "A" contratista de la empresa "B", habían suscrito un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera. Los trabajadores de "A" vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de la empresa "B". No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron jornadas de huelga y denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa "B". La empresa "A" comunicó a la empresa "B" un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. Posteriormente, la empresa "B" comunicó a la empresa "A", que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de la empresa "A". Los trabajadores de la empresa "A", adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las

horas acordadas en el contrato, lo que llevó a la empresa “A” a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a la empresa “B”. Los trabajadores de la empresa “A”, continuaron con sus reivindicaciones, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con la empresa “A”. La empresa “B” comunicó a la empresa “A”, que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. La empresa “A” comunicó a los otros trabajadores de la empresa que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con la empresa “B”. Un trabajador presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, su improcedencia y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, rechazando la existencia de una cesión ilegal de mano de obra y concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo resultaba ajeno a la empresa “B”. También, rechazó la nulidad del despido, por considerar que, a pesar de haber aportado el demandante un indicio de prueba de vulneración de sus derechos de huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa “A” había acreditado una causa lícita para la extinción, la rescisión del contrato mercantil, especificada en el contrato de trabajo, negando el juzgador cualquier conjetura sobre la connivencia de las empresas para rescindir la relación laboral. De este modo, la Sentencia del Juzgado de lo Social descarta también, la improcedencia del despido.

El trabajador recurrió en suplicación, solicitando, de una parte, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; de otra parte, la revisión de los hechos probados, así como, la infracción del art. 43 ET, al no haber apreciado la sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra; y, por último, una infracción de los arts. 14, 24 y 28 CE, por no haber estimado que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y de huelga. El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso, confirmando la resolución impugnada.

El demandante interpuso recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social, denunciando la vulneración de los arts. 14, 24.1 y 28.1 CE⁵⁶⁷. En síntesis, el actor denuncia la cesión ilegal de trabajadores entre las empresas y, alega la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación del número de testigos propuesta en la prueba testifical y, al entender que la extinción del contrato se produjo como represalia por haber ejercitado sus derechos a la huelga y a haber presentado reclamaciones salariales y una denuncia ante la Inspección de Trabajo.

Desestimadas las quejas de indefensión procesal, el Tribunal entra a analizar la queja sustantiva a la vulneración de los arts. 24.1 y 28.2 C. E, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. El Tribunal Constitucional admite, en principio, que cualquier decisión empresarial que implique el despido de unos trabajadores como represalia por haber ejercido el derecho de huelga habría recibido sin ninguna duda respuesta jurídica de la declaración de nulidad de los despidos. Sobre esta línea argumental la jurisdicción social tuvo ocasión de pronunciarse y no otorgó la calificación de nulidad del despido al no quedar acreditado el móvil discriminatorio de la decisión empresarial. La empresa había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción del contrato, especificada *ab initio* en el contrato, la cual era la rescisión del contrato mercantil suscrito entre la empresa “A” y “B”, de suerte que, extinguido éste, finalizaba aquél.

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006). *“Para abordar el análisis de las quejas planteadas parece necesario precisar, en primer lugar, que, aun cuando en la demanda se alude a la vulneración del art. 28.1 CE, es claro que con ello el demandante quiere referirse, en realidad, a una vulneración del derecho de huelga del art. 28.2 CE, y no del derecho de libertad sindical, cuya eventual afectación no se argumenta en punto alguno de la demanda”*.

3.1.1.2 *Análisis de la actuación empresarial y posicionamiento del tribunal constitucional*

El Tribunal Constitucional ratifica la valoración de las pruebas efectuadas por las resoluciones judiciales⁵⁶⁸ que confirman la existencia de causa justa para la extinción del contrato y, a continuación, pasa a decir lo contrario, *“en el caso que ahora consideramos ha quedado plenamente acreditado que el trabajador demandante de amparo ha perdido su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos”*.

El Tribunal Constitucional construye una argumentación de vulneración de los derechos de los trabajadores sobre la base de unos hechos no controvertidos y declarados probados por la jurisdicción de primera y segunda instancia y, por tanto, no pueden hacerse valer en el amparo constitucional. Es un hecho no discutido en el orden jurisdiccional social que la empresa principal comunica a la empresa contratista la rescisión completa de la contrata, de modo que, estando el contrato del actor, por tiempo determinado, supeditado a la vigencia de la contrata suscrito entre las dos empresas, la empresa contratista comunicó al actor la extinción de su contrato por finalización del contrato mercantil suscrito con la empresa principal. Es un hecho declarado probado por la jurisdicción ordinaria que no existió connivencia entre las empresas para la extinción del contrato del actor como medida de represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006 (Rec. 4626/2005), viene a decir *“que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1º, la previa*

⁵⁶⁸ a) la extinción del contrato del trabajador se produjo como consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba al contratista, causa especificaba al inicio de la relación laboral; b) la sentencia de suplicación recoge que *“la extinción del contrato mercantil se produce al no asumir la empresa “B”, una nueva modificación de tarifas»*, afirma, sin embargo, textualmente que la contrata *«se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, SA, no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata”*; c) inexistencia de connivencia entre las empresas para la extinción de los contratos de trabajo, la decisión de rescindir el contrato mercantil, fue decisión de la empresa principal por un incremento de las tarifas por parte de la empresa contratista; d) inexistencia de cesión ilegal de trabajadores entre las empresas.

rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2º, el acuerdo de 1º de abril entre empresa "B" y su Comité de Empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3º, la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores y, 4º, las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa "A" por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Y también es un hecho que, no existe cesión ilegal.

Sin embargo, el actor insiste en el recurso de amparo sobre una posible cesión ilegal de los trabajadores que ya había sido rechazada por el Juzgado de lo Social número Uno de Gijón, en todos los supuestos enjuiciados. Pero no se debe olvidar que el Tribunal Constitucional no es una tercera instancia y no debe decidir si es correcta o no la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales, no siendo objeto del recurso de amparo *"decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad y rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE , más allá del objeto propio del amparo, que es determinar si en ese ejercicio se ha violado o no alguna garantía constitucional. De admitir lo contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (SSTC 79/1996, de 20 de mayo, FJ 3, y 16/2002, de 28 de enero, FJ 5), al propio tiempo que se desvirtuaría la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo"*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 2018 (Rec. 2387/2016).

En cambio, no es un hecho probado que la extinción del contrato del actor se produjera como consecuencia de las movilizaciones desarrolladas por el conjunto de los trabajadores. El informe del Ministerio Fiscal recoge la existencia de ambigüedades y contradicciones en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales recurridas, al señalar la Sentencia de Suplicación que la extinción del contrato laboral *“se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que (la) empresa “B” no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata”*. El Tribunal Constitucional hace suya la manifestación del Ministerio Fiscal para acreditar que como alegaba el actor la extinción de su contrato de trabajo se produjo como represalia al ejercicio derecho de huelga. Es significativo como el Tribunal Constitucional trae para su fundamentación un fragmento del pronunciamiento del orden jurisdiccional social y lo viste como conclusión obtenida por el mismo órgano jurisdiccional, cuando las conclusiones de las sentencias del orden social contradicen inequívocamente los hechos declarados como probados por el Tribunal Constitucional. El fragmento está sacado de la argumentación de la inexistencia de la connivencia entre las empresas para la extinción de la relación laboral, si dicho fragmento no se aísla de su contexto, lo que la Sentencia de Suplicación viene a indicar es que, independientemente de lo expuesto y, si hipotéticamente hubiese habido una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, no habría sido imputable a la empresa contratista la extinción del contrato, si no a la empresa principal, quien en todo caso no quería verse involucrada en el conflicto de la empresas contratista y, es quien extingue el contrato mercantil existente entre las empresas. Mientras tanto, la empresa contratista es quien extingue la relación laboral del actor, pues no cabe duda que su intención sería continuar con la relación mercantil, pero esta ha sido extinguida ajena a su voluntad. La Sentencia de Suplicación lo que advierte en este inciso es el despropósito que sería considerar la

garantía de indemnidad como elemento de proyección a terceros que no formasen parte de la relación laboral⁵⁷⁰.

En realidad, el Tribunal Constitucional parte de un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas del art. 44.1 y 54 LOTC. No es un hecho declarado probado en la sentencia impugnada que el actor sea despedido a consecuencia de las movilizaciones iniciadas y, en consecuencia, en ningún caso sería susceptible de amparo constitucional. El Tribunal Constitucional, en este caso, realiza un control de mera legalidad, rectificando la interpretación y la aplicación de las normas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, utilizando el recurso de amparo como una tercera instancia. Este no es el cometido del Tribunal Constitucional, su cometido es valorar si los presupuestos fácticos en que se basa las resoluciones judiciales recurridas para negar la vulneración de los derechos fundamentales, han violado derechos o libertades del actor, es decir, *“la aceptación o rechazo de esos criterios, desde la perspectiva de su carácter conforme o contrario a la prohibición jurídica de discriminación, constituye aplicación de los criterios constitucionales y legales que fijan cuándo son y cuándo no son discriminatorios”*⁵⁷¹ y, en consecuencia, motivar⁵⁷² la resolución recurrida en amparo.

3.1.1.3 Extensión de la responsabilidad solidaria

El Tribunal Constitucional viene a afirmar que quien reacciona frente a los trabajadores vulnerando sus derechos fundamentales no es el empresario contratista,

⁵⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 09 de abril de 2004 (Rec. 5515/2004). *“La garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos”*.

⁵⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1995 (Rec. 652/1993).

⁵⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2018 (Rec. 2387/2016). *“contener los elementos y razones de juicios que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y...contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, incurrida en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”*.

sino el empresario principal, último destinatario de los servicios. Siendo novedoso como el Tribunal atribuye la responsabilidad de la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores a quien no es titular de la relación laboral. Evidentemente, ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, el art. 43 ET permite garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal. Sin embargo, en el presente caso no se ha producido una cesión ilegal de trabajadores entre empresas, pero tampoco existe en el art. 42 ET previsión que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de las vulneraciones cometidas por la empresa principal.

La ausencia de previsión legal específica para garantizar los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal hace considerar al Tribunal la necesidad de articular un mecanismo que contribuya a garantizar los derechos de los trabajadores, extendiendo la responsabilidad, sobre quien no es el responsable de la violación de los derechos. El Tribunal aplica la responsabilidad solidaria del apartado 3 de artículo 43 ET para un supuesto de subcontratación. Cierto es que el art. 42 ET no previene la vulneración de los derechos fundamentales cometidos por la empresa principal, pero el Tribunal no puede obviar, que los derechos y obligaciones concernientes a las relaciones laborales se regulan, entre otras, por la disposiciones legales y reglamentarias del Estado, art. 3 ET. De este modo, si no existe relación laboral, no se puede exigir obligaciones a quien no es parte de la relación laboral. La única relación que existe entre la empresa principal y, la contratista, es un contrato mercantil y quien extingue la relación laboral con el trabajador es la empresa contratista, que es a la única que se le puede exigir responsabilidades, siempre y cuando, hubiese vulnerado los derechos del trabajador, cosa que no hizo.

En el supuesto concreto, la empresa contratista había suscrito un contrato temporal con el trabajador vinculado a la vigencia del contrato mercantil de arrendamiento de servicios, una vez extinguido éste, finalizaba aquél. La causa de resolución del contrato no es el ejercicio del derecho de huelga, sino la extinción de la

relación mercantil entre las empresas, cláusula especificada al principio del contrato y, ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales. Difícilmente pensar, en hacer responsable a la empresa contratista de las “*responsabilidades de la empresa principal*” e igualmente difícil pensar, que el Tribunal se halla atribuido las funciones de legislador.

Para que, a los ojos del Tribunal, la empresa principal no violara el derecho de huelga “¿resultaba conducta exigible a la empresa principal mantener un contrato que la llevaba a la pérdida de competitividad? ¿Cuál es la suerte que corre una empresa que fabrica productos sin competitividad? ¿Puede entenderse que, con la decisión de rescindir el contrato, inevitable so pena de ir a la ruina, se estaba vulnerando el derecho de huelga de los trabajadores de otra empresa?”⁵⁷³

Pero lo más llamativo de la Sentencia es que el Tribunal declara la vulneración de los derechos de huelga, debiendo restablecer la empresa principal en la integridad de sus derechos al actor, anulando las Sentencias de la jurisdicción social y declarando la nulidad del despido y matiza que, ante la imposibilidad de readmisión, al Juzgado de lo Social le correspondería determinar en incidente de ejecución, la indemnización que procediera, así como los salarios de tramitación y, la responsabilidad de las empresas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionados al actor. Siendo relevante a los fines de ejecución de sentencia la declaración de nulidad o de improcedencia con sus respectivos efectos, no siendo coherente, como la sentencia analiza cual sería la conclusión a la que, en definitiva, debería llegarse ante las circunstancias concretas en este caso, invadiendo la esfera propia de los Tribunales, en contra de lo dispuesto, en el art. 182 LRJS y, art. 55.1 LOTC ⁵⁷⁴. Para ello, el legislador

⁵⁷³ Voto particular del Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 20 de octubre de 2010, dictada en el recurso de amparo núm. 3567/2006.

⁵⁷⁴ DESDENTADO BONETE, A (2017), ob. cit., p. 5. Nota 6. “...la sentencia encomienda al Juzgado de lo Social que por el trámite del art. 284 LPL – es decir, saltando el procedimiento del art. 282 y la propia condena a readmitir – proceda a determinar si la readmisión es posible, y, de no serlo, fijar la indemnización procedente y los salarios de tramitación, así como la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión”.

ha previsto que la ejecución de sentencia sobre despido nulo se lleve a cabo en sus propios términos y, en su caso, con las medidas expresada en los arts. 281 y 282 LRJS, con la excepción del art. 286 LRJS, en caso de cese, cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal⁵⁷⁵, sin entrar a resolver aquellas cuestiones que la Ley no tiene atribuidas al Tribunal, art. 9.1 LOPJ. El Tribunal Constitucional, en este caso, prevé la posibilidad de una indemnización sustitutoria que es posible en los casos de despidos simplemente nulos, frente a la declaración de despido nulo con nulidad radical, que implicaría la readmisión y, no permitiría la indemnización sustitutoria, que es la que desde el principio había pedido el demandante.

Que, de esta manera, la simple declaración de nulidad no es suficiente, para restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formula el recurso de amparo, art. 41. 3 LOTC y ello, porque⁵⁷⁶; a) “con ella el órgano judicial se

⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de enero de 1988 (Rec. 3/1998) “El legislador ha previsto que la ejecución de dichas Sentencias sobre despido nulo se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, está dirigida a la readmisión efectiva del trabajador y a la reanudación de la relación laboral, efecto que ya había adelantado la jurisprudencia de este Tribunal para el caso específico de los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales. A tal objetivo sirven, reforzándolo, las medidas previstas en el art. 282 de la LPL, que garantizan al trabajador el percibo de sus salarios y el alta con cotización en la Seguridad Social -así como, en su caso, la continuidad en el ejercicio de sus funciones representativas- en el supuesto de que el empleador no cumpliera la orden de reposición. La ejecución de la Sentencia por el órgano judicial se encuentra, pues, claramente ordenada al objetivo de la readmisión efectiva, excluyendo, con carácter general y a diferencia de lo previsto en el texto anterior de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que aquella pueda ser sustituida por la extinción del contrato mediante indemnización, como sucede en el despido improcedente, con la única excepción del cese o cierre acreditado de la empresa dada la imposibilidad física de readmitir al trabajador (art. 284 de la LPL). Tales son los términos establecidos por el legislador dentro de los cuales el órgano judicial ha de dar efectividad a lo declarado en el fallo de la sentencia que se ejecuta (STC 67/1984, fundamento jurídico 2º)”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (Rec. 1552/1993). “De conformidad con la exposición precedente, lo relevante a los fines de ejecución de sentencia es el pronunciamiento de ésta (declaración de nulidad o de improcedencia, con sus respectivos efectos) y no su fundamentación o la exposición de sus causas. Así pues, la ejecución de las sentencias en que los despidos hayan sido declarados nulos ha de serlo “en sus propios términos” (art. 279) y, en su caso, con las medidas expresadas en los arts. 281 y 282. Supuesto de excepción es el del art. 284 (caso de cese o cierre de la empresa)”.

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1985 (Rec. 811/1983).

queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla (art.17.1 ET), le conduce; b) al pararse ahí, incumple con el deber de tutela de la Constitución, “ex” art. 53.2; c) si tal actuación judicial bastara, sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido en verdad discriminatorio (art. 17.1 ET) y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo; d) la declaración del despido nulo con nulidad radical, que es la que desde su demanda hasta el trámite de ejecución de sentencia ha pedido la demandante, implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en casos de despidos simplemente nulos”.

3.1.1.4 Conclusiones

El derecho de huelga debe ejercitarse sin trabas, limitaciones o medidas empresariales que frustren los efectos de la misma. De manera, *“que a la empresa le está vedado adoptar una actitud que directa o indirectamente aminore los efectos los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo presente”*⁵⁷⁷. En el caso estudiado, la extinción del contrato del actor, no tiene la finalidad empresarial de neutralizar los efectos de la huelga, eliminando la característica de ésta como medida de presión. La extinción especificada *ab initio* en el contrato, traía causa en la rescisión del contrato mercantil suscrito entre la empresa “A” y “B”, de suerte que extinguido éste, finalizaba aquél. Ello conduce a rechazar el motivo esgrimido por el Tribunal y a no admitir el recurso de amparo. El recurso de amparo, *per se*, trata de otorgar la tutela a lesiones efectiva de los derechos fundamentales o puesta en peligro de aquellos art. 54 LOTC y, no por hipotéticas y futuras lesiones de estos derechos⁵⁷⁸. De modo que, la inexistencia de lesiones

⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 1992 (Rec. 4181/1991).

⁵⁷⁸ Auto del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 1995 (Rec. 2196/1994). *“Pues bien, sin perjuicio de que este concreto objeto del presente recurso de amparo ha sido introducido ex novo en el escrito de alegaciones de la actora, no encontrándose formulado en la demanda de amparo,*

efectivas de los derechos fundamentales que ha promovido el recurso de amparo, conduce a la falta de relevancia constitucional de la demanda⁵⁷⁹ planteada por el actor y, declarar la extinción del presente proceso de amparo y, el archivo de sus actuaciones. El Tribunal Constitucional no es una tercera instancia a la que corresponde revisar los hechos declarados probados y el derecho aplicado, si no, que se ha limitar a concretar si se han vulnerado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer tales libertades o derechos, en caso contrario, el Tribunal estaría *“efectuando un control de mera legalidad y rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales”*⁵⁸⁰.

La cuestión que debía de haberse debatido no era si las garantías de indemnidad de la Constitución y la Ley que ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o, desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral, en todo caso, sería cuestión a resolver posteriormente. Lo que debería haberse discutido es si se había producido vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores. Lo que se discute en palabras del Tribunal no es otra cosa *“que la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los*

circunstancia ésta que impide su consideración como elemento delimitador de la presente controversia procesal (SSTC 33/1991, 87 y 94/1992,21 y 180/93, entre otras), resulta, además, inidóneo para ser considerado, en sí mismo, como tal objeto de amparo constitucional que sólo puede estar constituido por lesiones efectivas de los derechos fundamentales o una puesta en peligro inminente de aquéllos (art. 54 LOTC) y no por hipotéticas y futuras lesiones de estos derechos que es lo que realmente se plantea en esta alegación de la actora”.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2003 (Rec. 4438/1999). *“Así pues, al no constatarse que la resolución (y la Sentencia de la que trae causa), frente a la que se ha promovido el recurso de amparo que ahora enjuicamos haya producido lesiones efectivas de los derechos fundamentales de la recurrente, ha de afirmarse la falta de relevancia constitucional de la demanda”.*

⁵⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2018 (Rec. 2196/1994). *“...este Tribunal, que no es una tercera instancia, decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad y rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE, más allá del objeto propio del amparo, que es determinar si en ese ejercicio se ha violado o no alguna garantía constitucional. De admitir lo contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (SSTC 79/1996, de 20 de mayo, FJ 3, y 16/2002, de 28 de enero, FJ 5), al propio tiempo que se desvirtuaría la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo”.*

trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la empresa principal...”.

En el supuesto analizado, las relaciones entre la empresa contratista y la principal es estrictamente mercantil, no existe, una estrategia común de producción, comercialización o de otro tipo que haga pensar lo contrario. En este contexto, no existe vinculación especial alguna que le obligara a la empresa principal a respetar la huelga y, consecuentemente, la rescisión del contrato mercantil con la empresa de los trabajadores huelguistas no vulnera el derecho de huelga, siendo esta mi opinión.

Lejos de estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se han dado resoluciones en situaciones similares donde la empresa contrató con terceras empresas la ejecución de trabajos que eran realizados por la contrata de los trabajadores huelguistas. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2015 (Proc. 278/2015), que reproduce el contenido de las Sentencias del Tribunal Constitucional analizadas para, posteriormente, en segunda instancia, declarar la inexistencia de vulneración del derecho fundamental de huelga.

En el supuesto de la Audiencia Nacional, la empresa “A”, con varios centros de trabajo en distintas comunidades autónomas, se dedicada al montaje, desmontaje y alquiler de andamios metálicos, aislamiento térmico, protección contra la corrosión y las obras de construcción mediana envergadura, orientadas al sector químico, petroquímico y nuclear. La empresa “A” instó la iniciación de un periodo de consultas para la modificación de las condiciones de trabajo. La modificación consistía en una reducción del salario mensual fijo, reducción del salario variable o “bonus” anual percibido por la plantilla, supresión de retribuciones en especie, limitación de los importes Plus Llamada-Retén, que se fundaba en una caída de las ventas y en la existencia de pérdidas actuales o previstas. Ante la medida planteada por la empresa se declaró la huelga en el centro de trabajo de Tarragona.

La empresa “A” comunica a todos sus clientes que no podría realizar intervenciones de seguridad o urgencias de prestación de servicios, el día de huelga, al no haber

conseguido que la parte social adquiriera ningún compromiso sobre los servicios. La *“representación social entendió que no existe obligación de prestar servicios mínimos porque la empresa no realiza ni servicios públicos, ni esenciales para la comunidad”*. Dos empresas a las que la contratista prestaba servicios optaron por contratar los servicios de una nueva contratista para atender sus necesidades productivas y organizativas, dado que los trabajadores de la contrata estaban en huelga. Las empresas contratadas ejecutaron los trabajos contratados, además, de utilizar el material de la empresa “A” y, modificar un andamio que había colocado la empresa “A”. Pocos días después, la empresa contratista procede a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo procediendo a una reducción del salario.

El hecho de que otras empresas de montajes de andamios utilizaran el material de la empresa “A” en las plantas y su modificación es utilizado por el sindicato convocante de la huelga para presentar demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo de modificación adoptado por la empresa o, subsidiariamente, su carácter improcedente, *“pues habiéndose convocado por estos una huelga durante el periodo de consultas, la empresa acudió al esquirolaje impropio para sustituir a los trabajadores, quebrando su fuerza en comisión negociadora; en cuanto a la causa se niega que concurra la causa económica que invoca la empleadora como causa justificativa de la medida por cuanto que se dice que la empresa tuvo beneficios en el ejercicio 2013-2014, siendo favorable tal expectativa de beneficios para el año 2.015”*⁵⁸¹

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional llega a las siguientes conclusiones: a) La inspección de trabajo, previa denuncia del sindicato, constata que: a.1) durante la huelga la empresa “A” debía llevar a cabo en la empresa “B” contratista una parada para el montaje y desmontaje de unos andamios y, dado que los mismos no podían ser realizado por la empresa “A”, la contratista optó por encomendárselos a otra empresa; a.2) la empresa “A” tenía contratado con otra empresa “C”, los servicios de

⁵⁸¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2015 (Sentencia 278/2015).

andamiaje, aislamiento y pintura, dada la urgencia de montar un andamio para ejecutar en altura los trabajos de mantenimiento de una válvula, la empresa contratista optó por encomendárselo a otra empresa; b) el empresario contrató con terceras empresas la ejecución de trabajos, que de no haber sido ejecutados, hubieran causado perjuicios a la comunidad y, ni siquiera intentó negociar los servicios mínimos.

Consecuentemente, la Audiencia Nacional considera la vulneración del derecho de huelga al contratar los servicios de una nueva empresa contratista para realizar los trabajos que debían ser desarrollados por los trabajadores que ejercen tal derecho, declarando la nulidad de la medida de modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, ordenando la reposición de los trabajadores en las condiciones anteriores a la adopción de la misma. Para llegar a esa conclusión, la Audiencia Nacional pasa a realizar dos consideraciones previas. La Sala de la Audiencia Nacional construye su argumentación sobre la base de la imposibilidad de una sustitución de la actividad de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, conforme al apartado 5 de artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Si bien es cierto que, el precepto se refiere a la sustitución de los huelguistas por el empresario, la doctrina ha admitido que dicha sustitución bien pudiera ser imputable a terceras empresas contratistas que reciban los servicios de la empresa cuyos trabajadores hayan convocado la huelga. En este sentido trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) que, a su vez, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006)⁵⁸², en la que se admite que un tercero puede lesionar el derecho a la huelga de los trabajadores de la empresa subcontratada, pese a no ser su empresario. Dicho esto, la Sala considera que un tercero que no sea el empresario ante el que se ejerce la huelga puede lesionar el derecho a la huelga de los trabajadores en el

⁵⁸² También a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Sentencia 76/2010), Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre (Sentencia 98/2010), Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre (Sentencia 112/2010).

supuesto de subcontratación de bienes o servicios que perteneciendo o no a la propia actividad de la empresa principal, existiendo una obligación de la empresa principal de respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas, en aplicación de la prohibición del esquirolaje del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo.

Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016), estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de noviembre de 2015, que casa y anula, declarando que las modificaciones de las condiciones de trabajo se declaran ajustadas a derecho y, no constituyen lesión del derecho de huelga la contratación por empresas clientes la realización de los trabajos por terceras empresas, que venían realizando la empresas de los trabajadores huelguistas.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de diciembre de 2014 (Rec. 5279/2014). En este supuesto, la empresa editora, encarga a una tercera sociedad la impresión del diario en un día de huelga convocado por la empresa encargada de la prestación de ese servicio y, que pertenece a su mismo grupo mercantil. El Tribunal consideró lícita la contratación externa, frente a la resolución de instancia, que estimó la lesión del derecho fundamental de huelga. El Tribunal parte de un dato esencial para la valoración de la vulneración del derecho fundamental de huelga, cual es el hecho de que las empresas codemandadas pertenecen a un mismo grupo mercantil, pero que no está configurado como un grupo laboral de naturaleza patológica que deba considerarse como grupo de empresas a efectos laborales. En consecuencia fundamenta que *“si estuviésemos ante un grupo de los llamados patológicos...no tendríamos dudas en sostener que nos encontraríamos ante su supuesto de esquirolaje externo...”*⁵⁸³, pero el Tribunal considera que no se está ante

⁵⁸³ El Tribunal hace suya la consideración de la Sentencia de Audiencia Nacional de 29 de julio de 2013 (Rec. 276/2013). Sentencia casada y anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de

un grupo mercantil a efectos laborales, por lo que se debe de partir de la consideración de que las relaciones comerciales entre las diferentes empresas del grupo deben valorarse como si se tratara de relaciones entre terceras empresas, *“que no mantienen vínculos de titularidad sobre el capital social de unas y otras”*. La Sala hace suya la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2013 (Proc. 276/2013), de manera, que *“si estuviésemos ante un grupo de los llamados patológicos y por lo tanto ante una única empresa real, no tendríamos dudas en sostener que nos encontraríamos ante un supuesto del llamado esquirolaje externo”*⁵⁸⁴.

3.1.2 La existencia de una conexión directa con la relación laboral. Sentencia del tribunal constitucional de 17 de diciembre 2007.

Hasta el momento, la doctrina del Constitucional no ha contribuido a establecer los elementos y presupuestos jurídicos bajos los cuales impida que la conducta de empresarios ajenos a la relación laboral amortigua los efectos de la huelga que, pueda imputársela a ella y, afectar, en el caso concreto, al proceso de negociación de modificación de las condiciones de trabajo que origina el conflicto. Tan sólo ha establecido para apreciar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales que trae causa de una decisión de la empresa principal en el marco del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas, la existencia de una *“conexión directa con la relación laboral”* para ligar a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión.

febrero de 2015 (Rec. 94/2014). *“Si estuviésemos ante un grupo de los llamados patológicos y por lo tanto ante una única empresa real, no tendríamos dudas en sostener que nos encontraríamos ante un supuesto del llamado esquirolaje externo, de hecho así lo hemos sostenido en nuestra SAN de 21 de noviembre de 2011 (AS 2011, 3009) (Rec. 185/2011). Ciertamente el art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977, 490) , sobre relaciones de trabajo (RDLRT) se refiere a la sustitución de los huelguistas por “trabajadores dependientes o por cuenta ajena”, pero dicho precepto debe ser interpretado de una forma extensiva y comprender también aquellos supuestos en los que la empresa que soporta la huelga contrata a otra empresa para que preste el servicio que realizan los huelguistas. Una interpretación finalista y favorable a la efectividad del derecho constitucional de huelga impone dicha interpretación”*.

⁵⁸⁴ Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de julio de 2013, que casa y anula, declarando que las codemandadas han violado el derecho de huelga y de libertad sindical.

Esa posible vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario en la relación laboral, pero que interactúa con él “*en conexión directa con la relación laboral*” tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17, de diciembre de 2007 (Rec. 2253/2003). En este caso, la recurrente sufrió, durante el desempeño de su trabajo, el acoso sexual de un compañero que pertenecía a una empresa distinta, pero con él que compartía tareas y lugar de trabajo. La trabajadora presentó demanda ante el juzgado de lo social, condenando al trabajador y a las empresas codemandadas. Recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia, revocó la sentencia de instancia declarando la falta de competencia del orden jurisdiccional social y el desconocimiento de los hechos por las codemandadas. La trabajadora recurrió ante el Tribunal Supremo que inadmitió a trámite el recurso de casación en base al criterio expuesto por el Tribunal Superior de Justicia y, finalmente, la trabajadora interpone recurso de amparo contra el auto del Tribunal Supremo y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Lo relevante de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17, de diciembre de 2007 (Rec. 2253/2003), fue que:

- El Tribunal consideró competente la jurisdicción social para enjuiciar a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral. La recurrente sufrió, durante el desempeño de su actividad profesional, el acoso sexual de un compañero que pertenecía a una empresa distinta, pero con el que compartía tareas y lugar de trabajo.
- Posibilitó la extensión competencial del orden social frente a sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental y estableció que no cabe circunscribir el proceso especial de tutela, solamente a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario. Entender lo contrario implicaría una limitación injustificada de la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral.

- La demanda origen de las actuaciones planteó el acoso sexual sufrida por una compañera a la jurisdicción social, en virtud de lo dispuesto en el art. 181 LPL. La Sala del Tribunal Superior, argumentó que para que prospere la acción, ésta debía suscitarse en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, es decir, el ámbito del art. 2 LPL. En base a ello, la Sala consideró que no tenía cabida la modalidad procesal utilizada por la recurrente, por un lado, porque cada trabajador pertenecía a una empresa distinta no mediando entre ellos una relación laboral derivada de contrato de trabajo, sino solo la relación funcional consecuencia de las laborales desarrollada por ambos, compartían tareas y lugar de trabajo, sin perjuicio, de ejercitar la recurrente la acción indemnizatoria ante la jurisdicción civil, o en su caso, penal. El Tribunal Constitucional, rechaza lo expuesto por la Sala y, estima razonable la vía del art. 181 LPL, al quedar acreditado que los daños sufridos por la recurrente se produjeron *“en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidía en la realización de sus respectivos cometidos”*.

A posteriori, la redacción del apartado 4 del art. 177 LRJS quedó influenciado por la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17, de diciembre de 2007 (Rec. 2253/2003). La vía del art. 177.4 LRJS plantea la posibilidad de dirigir la demanda necesariamente contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, de modo que sean convocadas al proceso todas aquellas personas a quienes puede afectar la decisión debatida por cuanto que la declaración que se pretende obtener decide sobre posibles derechos o situaciones jurídicas de dichas personas, debiendo llamar al proceso a todos los sujetos que han intervenido o participado en la misma relación jurídica, *“evitando de esa manera la indefensión de las personas que no han sido oídas y, al propio tiempo, los fallos contradictorios que podrían recaer en procesos distintos en que se controvierte la misma relación jurídico-material. Llegando a afirmar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de*

*junio de 1987 que el litisconsorcio se ha de estimar no sólo en el supuesto de que "las personas no llamadas al proceso intervinieran en la misma relación jurídica material sino que es suficiente que, aun sin haber intervenido en la misma relación, tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en proceso en el que no ha sido oídos, con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia y la posibilidad de que se siguiese después otro proceso cuya resolución final podría muy bien ser contradictoria con la recaída en el proceso anterior"*⁵⁸⁵.

Así pues, la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, atrajo hacia el orden social cuestiones sobre las que se venían generando conflictos de competencia y *"que no encajaban bien el que fueran resueltas de forma separada cuando lo que se estaba protegiendo por las diferentes jurisdicciones era el resarcimiento del daño"*⁵⁸⁶, evitando la separación del conocimiento de las materias sociales entre diversas jurisdicciones, como la civil o la contencioso-administrativa, generado del *"peregrinaje de jurisdicciones"*⁵⁸⁷. Con esta finalidad, el legislador centró en la jurisdicción social en conocer de todas las conductas contra el empresario o contra terceros directamente vinculadas al entorno laboral o en *"conexión directa con el mismo"*⁵⁸⁸, trayendo al

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990 (Sentencia número 1419/1990).

⁵⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de noviembre de 2017 (Rec. 649/2017). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2015 (Rec. 942/2014).

⁵⁸⁷ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. *"Como se ha apuntado, la disgregación actual del conocimiento de determinadas materias «sociales» entre diversas jurisdicciones distintas de la social, como la contencioso-administrativa o la civil, viene planteando dificultades: en primer lugar, el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», que provoca graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de derechos, por la dilación en la resolución de los asuntos y la fragmentación en la protección jurídica dispensada; en segundo término, la disparidad de los criterios jurisprudenciales sobre materias íntimamente conectadas"*. Pág. 180.

⁵⁸⁸ Preámbulo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *"Posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre*

proceso a los sujetos directamente causantes de la vulneración, aunque no mantuvieran la relación directa con el trabajador demandantes, pero, con una condición, sí se había producido en el “*ámbito de las relaciones laborales*”⁵⁸⁹, es decir, “*los derechos que han podido ser conculcados y las obligaciones que se hayan podido incumplir...son de clara naturaleza laboral, estando comprendidos en el ámbito propio del Derecho del Trabajo. Estos derechos y obligaciones tienen encaje «dentro de la rama social del Derecho» ... No desvirtúa esta conclusión el tenor literal del art. 2-a) de la LPL, cuando declara que “los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a).- Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo...”*; toda vez que esta disposición utiliza estos términos para referirse a los supuestos que se producen en la inmensa mayoría de supuestos de las controversias y conflictos que son «consecuencia del contrato de trabajo”, pero es evidente que no excluye en absoluto del campo de acción del orden jurisdiccional social a las acciones que unos trabajadores puedan dirigir contra otros con base y a causa de sus respectivos contratos de trabajo. Prueba palpable de la certeza de esta aseveración la encontramos en la realidad de la práctica procesal forense que a diario se produce ante los Juzgados y Tribunales laborales españoles, en la que de cuando en cuando se presentan demandas formuladas por trabajadores que no sólo se dirigen contra la empresa o empresas correspondientes, sino también contra otros trabajadores distintos; y tales demandas son admitidas, tramitadas y resueltas por dichos Tribunales”⁵⁹⁰.

No obstante, al objeto de evitar cualquier tipo de interpretación que pudiera surgir, la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social reguló la acumulación de acciones, procesos y recursos. Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el art. 2.f) LRJS, conocen de las cuestiones litigiosas que se promueva

daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador”.

⁵⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (Rec. 2543/2006).

⁵⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (Rec. 2543/2006).

sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga “*conexión directa*” con la prestación laboral.

La mención que hace el legislador a la “*conexión directa*” debe interpretarse como alusión a los supuestos que se producen en la inmensa mayoría de las controversias y conflictos que tienen su origen en el contrato de trabajo. De esta manera, la demanda origen de las actuaciones debe tener como punto de partida, la existencia de una relación laboral y en el marco de esa prestación de servicios, ya sea sujeto de comportamiento denunciado el empleador, un trabajador del empresario u otra empresa en ese entorno de trabajo. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2015 (Rec. 942/2014), a la hora de justificar el término de “*conexión directa*”, se remite a la regulación de accidente de trabajo que introdujo la LRJS, en donde era una cuestión fundamental no dividir la causa. Si se divide la causa puede “*ocurrir contradicciones entre las sentencias de los diversos órdenes jurisdiccionales, así como duplicidades indemnizatorias o lo contrario: una falta de una reparación adecuada del daño, al tramitarse simultáneamente varios procesos distintos reclamando la reparación de los daños y perjuicios por el mismo accidente*”⁵⁹¹. Para evitar este “*peregrinaje de jurisdicciones*”, el legislador centró en la jurisdicción social el enjuiciamiento de todas las conductas que hayan contribuido en la producción del daño vinculadas al marco laboral o en “*conexión directa con el mismo*”, creando un único ámbito de tutela jurisdiccional para el total resarcimiento del daño. Previamente a la aparición de la LRJS, la Sala de Conflictos de Competencia⁵⁹² había

⁵⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de marzo de 2011 (Rec. 135/2011).

⁵⁹² Auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (Rec.367/2006). “*Sin embargo, no es menos cierto, que la Sala de Conflictos de Competencia, de forma reiterada y constante, sin una sola quiebra, y ya desde el año 1993, viene afirmando la competencia del Orden Jurisdiccional Social. En este sentido, pueden citarse los Autos de 23 de diciembre de 1993 (conflicto nº 8/1993); 4 de abril de 1994 (conflicto nº 17/1993); 10 de junio de 1996 (conflicto nº 1/1996); 27 de marzo de 1998 (conflicto nº 27/1997); 21 de diciembre de 2000 -dos Autos- (conflicto nº 25/2000 y conflicto nº 31/2000) y 23 de octubre de 2001*”

abordado la cuestión de competencia entre la jurisdicción civil y social cuando se trataban de reclamaciones de daños y perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo, atribuyendo mayormente al orden social la competencia para resolver este tipo de reclamaciones.

Entre otros, el Auto de la Sala del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (Rec.367/2006) resume los criterios utilizados por la Sala para atribuir la competencia a la jurisdicción social. Hace referencia a la necesidad de la existencia de una relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador, de manera que *“la responsabilidad tiene un marcado carácter contractual al derivarse el daño precisamente de un contrato de trabajo, cuyo contenido no participa de la naturaleza de ningún otro contrato”*⁵⁹³. Criterio en clara referencia a conductas vinculadas al entorno laboral o en *“conexión directa”* con el mismo, sin el cual no se podía producir la *vis atractiva* de la jurisdicción social.

Posteriormente, con la entrada de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la Sala de Conflictos de Competencia, ha abordado la cuestión de competencia entre el orden social y contencioso-administrativo para determinar a quién corresponde la

(conflicto nº 21/2001). También la Sala Cuarta de este Tribunal -que ya antes de 1993 había afirmado su competencia para conocer de las reclamaciones indemnizatorias por accidente de trabajo en las Sentencias de 6 de octubre de 1989 (Rec. 5710/1987) y 15 de noviembre de 1990 (Rec. 3746/1989)-, siguiendo la reseñada jurisprudencia de la Sala de Conflictos, viene sosteniendo de forma inveterada que es el Orden Jurisdiccional Social el competente para conocer de esta materia. Así, pueden citarse las Sentencias de 24 de mayo de 1994 (Rec. 2249/1993); 27 de junio de 1994 Rec. 2162/1993); 3 de mayo de 1995 (Rec. 2418/1995); 30 de septiembre de 1997 (Rec. 22/1997); 2 de febrero de 1998 (Rec. 124/1997); 23 de junio de 1998 (Rec. 2426/1996); 1 de diciembre de 2003 (Rec. 239/2003) y 22 de junio de 2005 (786/2004)”.

⁵⁹³ Otros criterios utilizados por la Sala, Auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (Rec.367/2006). *b) la obligación de prevención forma parte, normativamente, del contrato; c) la obligación impuesta ex lege, debe implicar que “la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que es el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia ...”, de manera que cuando se demanda una indemnización por el contrato de trabajo “que se ha producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad ...”, la competente será la jurisdicción social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, añadiéndose que “El Orden Jurisdiccional civil únicamente opera cuando el daño sobrevenido no se produce con motivo u ocasión del trabajo, sino que se vincula a una conducta del empleador ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo”.*

decisión sobre la pretensión de tutela de derechos fundamentales, Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 (Rec. 34/2012). En el caso concreto, la representación sindical contra el lehendakari, demandando la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, por considerar lesivas las declaraciones vertidas por el demandado en relación a la convocatoria de huelga en la empresa Metro Bilbao. La Sala, no pone en duda la *vis atractiva* de la jurisdicción social en relación con el derecho de huelga y con la libertad sindical, pero matiza, no siempre. En el caso concreto, el Lehendakari se limita a realizar unas manifestaciones públicas, de estricto carácter político en relación a la convocatoria de huelga. Para atribuir la competencia a la jurisdicción social, conforme al texto de art. 2. f) LRJS, el Lehendakari no ostenta ni la condición de empresario en relación a los trabajadores huelguistas, ni la de tercero vinculado con el empresario. Por tanto, la Sala para el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

En resumen, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, atrajo hacia el orden social cuestiones sobre las que se venían generando conflictos de competencia y *“que no encajaban bien el que fueran resueltas de forma separada cuando lo que se estaba protegiendo por las diferentes jurisdicciones era el resarcimiento del daño”*⁵⁹⁴, evitando la separación del conocimiento de las materias sociales entre diversas jurisdicciones, como la civil o la contencioso-administrativa, generado del *“peregrinaje de jurisdicciones”*⁵⁹⁵. Con esta finalidad, el legislador centró en la jurisdicción social en conocer de todas las conductas, contra el empresario o contra terceros directamente

⁵⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de noviembre de 2017 (Rec. 649/2017). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2015 (Rec. 942/2014).

⁵⁹⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. *“Como se ha apuntado, la disgregación actual del conocimiento de determinadas materias «sociales» entre diversas jurisdicciones distintas de la social, como la contencioso-administrativa o la civil, viene planteando dificultades: en primer lugar, el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», que provoca graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de derechos, por la dilación en la resolución de los asuntos y la fragmentación en la protección jurídica dispensada; en segundo término, la disparidad de los criterios jurisprudenciales sobre materias íntimamente conectadas”*. Página 180.

vinculadas al entorno laboral⁵⁹⁶. La LRJS, habla de regular las relaciones laborales, de mecanismos de solución de los conflictos y reclamaciones laborales con el objetivo de ofrecer una mayor y mejor protección a los trabajadores. De esta manera la jurisdicción social será competente para enjuiciar a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño en el marco laboral, siempre que exista una conexión directa con el mismo. La LRJS, posibilita la competencia de la jurisdicción social frente a terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental, *“pero no está introduciendo nada novedoso en este campo sino que, como la propia exposición de motivos indica, lo que introduce son los criterios constitucionales que hasta entonces se habían emitido y acatado por los órganos judiciales que se enfrentaban a estos temas”*⁵⁹⁷. En consecuencia, lo que importa es que la vulneración del derecho fundamental y la libertad sindical se impute a un ilícito laboral que pueda derivar tanto de lo pactado como de lo impuesto por la ley y es, entonces, cuando nos hallamos dentro de la jurisdicción social a efectos del art. 9.5 LOPJ⁵⁹⁸.

En definitiva, cuando se produce una fragmentación o división de la actividad productiva, de suerte que los bienes o servicios que una determinada empresa sitúa en el mercado son productos de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo, de forma que éstas contratan con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga convocada por una de las empresas de grupo o varias o,

⁵⁹⁶ Preámbulo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *“Posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador”*.

⁵⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2015 (Rec. 942/2014).

⁵⁹⁸ Auto del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (Rec. 367/2006).

utilizan el trabajo de otras empresas del grupo para suplir la falta de producción de los trabajadores en huelga.

Vistos los ejemplos anteriores, de la Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3568/2006), Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2010), Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2010 (Rec. 98/2010) y, Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre (Rec. 112/2010), argumentan sobre unos hechos contrarios a los declarados probados en las sentencias y, además, el Tribunal sustituyen el juicio valorativo que respecto de la prueba ha hecho el juez sentenciador y ha confirmado el de segunda instancia. De aquí que impide que pueda admitirse la vulneración del derecho fundamental de huelga alterando los derechos declarados probados por las resoluciones precedentes. La doctrina del Constitucional no establece ni elementos, ni presupuestos jurídicos que permitan identificar quienes deben ser los afectados por las limitaciones de la garantía de indemnidad o, al menos, la posibilidad de deducir sin dificultad cuando una conducta es constitutiva de la vulneración de un derecho fundamental por quien no es sujeto de la relación laboral. Ahora bien, tras la modificación del art. 177 LRJS, la tarea pendiente consiste en determinar los supuestos en que la acción que se dirige contra el empresario o frente a terceros tenga encaje en la jurisdicción social para aplicar la garantía de indemnidad de los derechos fundamentales del trabajador, cualquier otra reclamación tiene estricto carácter extracontractual, art. 9.2 LOPJ.

El corolario lógico de lo que se acaba de argumentar es que la vulneración de los derechos de los trabajadores puede producirse por quien no es empresario en la relación laboral, pero interactúa con él *“en conexión directa con la relación laboral”*.

3.2 Esquirolaje en el ámbito de los grupos de empresa.

Como se viene reiterando en el trabajo, puede darse la existencia de grupos de empresas laborales, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto. En este caso, las circunstancias

determinantes de la responsabilidad se enmarcan en la utilización desviada del instituto jurídico de la sociedad anónimas, declarando una única de explotación creada y, que, por tanto, justifica la ruptura del beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de la comunicación de las responsabilidades empresariales. En este punto, la posibilidad de levantar el velo de la personalidad jurídicas de las empresas componentes del grupo para identificar la unidad empresarial laboral, previa aportación del trabajador de elementos objetivos que sustenten indicios razonables de que el acto es lesivo de su derecho fundamental, serían elementos de juicio razonables para calificar la conducta de las empresas del grupo como lesivas de los derechos fundamentales, cualesquiera de ellas, independientemente no sean sujetas de la relación laboral.

Ahora bien, también es práctica habitual que la organización grupal puede presentar ventajas fiscales, de gestión, de funcionamiento, etc..., ventajas que pueden verse acrecentadas cuando la configuración del grupo opera en el fenómeno de descentralización productiva. En estos casos, cada empresa responde de las obligaciones individualmente contraídas. En este ámbito de fragmentación empresarial debe analizarse hasta qué punto la estrategia coordinada entre las mismas puede afectar al ejercicio del derecho a la huelga por parte de los trabajadores de una de ellas y, en particular:

En el supuesto de un grupo de empresas, entre las que existe una relación mercantil por la que una de ellas ejecuta una fase de la actividad del ciclo productivo del grupo, contratan con terceras empresas esa misma actividad durante los días de huelga. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014).

La utilización del trabajo de otras empresas del grupo para suplir la ausencia de producción de los trabajadores del grupo. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 27 de mayo de 2008 (Rec. 2188/2008).

Aumentar la producción de otros centros de trabajo que no se encuentran en huelga, para abastecer los puntos de distribución de las empresas que se encuentra en

huelga. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 2015 (Rec. 879/2015).

3.2.1 Esquirolaje externo en los grupos de empresa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), discute sobre la calificación que cuadra a la conducta empresarial consistente en contratar las mismas tareas desempeñadas por otra mercantil del grupo a terceras empresas ajenas los días de huelga convocados en la proveedora habitual. Son hechos probados en la sentencia que:

Tanto las empresas que se dedican a la edición como la empresa que se dedican a la producción, impresión, publicación y difusión, pertenecen a un grupo mercantil, de modo que, los diarios puestos a la venta son producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo.

Se produce la sustitución de las tareas desempeñada por otra empresa mercantil del grupo en huelga. La empresa principal contrata con otra empresa ajena al grupo la impresión de periódico durante los días de huelga.

Se habla de grupo mercantil no, patológico o fraudulento.

El objeto de la cuestión, principalmente, se circunscribe a si la conducta empresarial resulta contraria al derecho de huelga, es decir, si la utilización del trabajo de otras empresas ajenas al grupo mercantil para suplir la ausencia de producción de los trabajadores en huelga durante la negociación colectiva, inciden sobre el proceso de negociación vaciando de contenido el ejercicio del derecho de huelga o, no.

3.2.1.1 *Vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario del trabajador.*

La argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo pasa por una primera fase centrada en el plano de la legalidad en vigor. Etapa de *“ponderación adecuada del contenido y los límites de dos derechos constitucionales en presencia, como son el derecho fundamental de huelga...y libertad de empresa”*, donde repasa la doctrina del Tribunal Constitucional, reproduciendo pasajes de las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/192 (Rec. 301/1989), 33/2011 (Rec. 6171/2004), 184/2006 (Rec.

118/2003), para posteriormente, centrarse en la prohibición de esquirolaje externo, como precepto aplicable a la cuestión controvertida de la litis, incorporando la doctrina constitucional vinculante sobre la prácticas de esquirolaje durante la huelga e incorporando pasajes de las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/192 (Rec. 301/1989), 33/2011 (Rec. 6171/2004) y, del Tribunal Supremo de 05 de diciembre 2012 (Rec. 265/2011). Esta primera fase, comprensiva de los fundamentos números 7, 8 y 9, bien pudiera terminar en el fundamento número 10, donde se decide si es posible la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga en los grupos de empresas por quien no es el empresario directo del trabajador. Ante la falta de previsión normativa, a la hora de establecer límites a terceras empresas que pueden vaciar de contenido el ejercicio de huelga, la Sala, en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006), concluye que la conducta de la empresa principal ha vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de la empresa contratista. Para llegar a esa conclusión, la Sala había considerado que la contratación con empresas ajenas al grupo de trabajo que venía realizando la empresa en huelga, por un lado, había provoca un vaciado de contenido” del *derecho de huelga, o minoración de la presión asociada a su ejercicio*”; y, por otro, que no cabía alegar que las empresas mercantiles no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, para apelar a la falta de responsabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) acoge el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (3567/2006). En este punto, la pregunta que deberíamos hacernos es si la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (3567/2006) es aplicable al caso concreto que aborda la Sala del Supremo. La cuestión que se plantea en la litis trata de resolver “*si la acción de un tercero -en este supuesto las tres empresas editoras de los diarios anteriormente consignados- consistente en contratar con otras empresas la actividad de impresión de los diarios, que tenía*

*contratada con la empresa "A", durante los días en que la plantillas estuvo en huelga, supone vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga*⁵⁹⁹. En palabras de DESDENTADO BONETE, A.⁶⁰⁰, estamos "ante un debate sobre el alcance del deber de soportar la huelga sin adoptar medidas para reducir sus efectos en la esfera patrimonial; obligación que, con recepción o no del principio de «igualdad de armas», tiene límites en todos los ordenamientos y se traduce en el nuestro en la prohibición del esquirolaje y en las restricciones de otros poderes empresariales".

El supuesto de hecho contemplado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 19 de octubre de 2010 (3567/2006), cuya doctrina aplica la Sala del Supremo, se proyectó en la empresa principal la extinción de los contratos de trabajo de la empresa contratista derivada de la terminación de la contrata durante el ejercicio del derecho de huelga⁶⁰¹. En el caso de la litis del Tribunal Supremo, la cuestión era determinar si la aplicación del art. 6.5 RDLT conlleva obligación para tercera empresa. Por tanto, son dos sentencias que resuelven dos supuestos sustancialmente diferentes.

Aceptada por el Supremo la extensión aplicativa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional para supuestos diferentes, está transgrediendo el significado

⁵⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014). Fundamento Jurídico número 7.

⁶⁰⁰ DESDENTADO BONETE, A (2016). "¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 02. Pág. 08.

⁶⁰¹ La base constitucional sobre la que se construye la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (3567/2006), se proyecta sobre la extinción de los contratos de trabajo de la empresa contratista derivada de la resolución de la empresa principal durante una huelga. En resumen, la Sentencia del Tribunal Constitucional analiza cuando la extinción de los contratos de trabajo que se producen puede ser imputados a un tercero distinto del empresario que formalmente la ha contratado. Quien reacciona frente a los trabajadores huelguistas no es el empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada -empresa principal-, destinatario último de los servicios prestados por aquéllos. La extinción del contrato, lo decide la empresa contratista como titular de la relación laboral con el trabajador y, lo hace determinado por la previa decisión de la empresa principal de rescindir el contrato mercantil, que "en las condiciones de conflictividad laborales existente ha dejado de resultarle útil". En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la vulneración del derecho de huelga por la empresa principal, que reacciona frente a los trabajadores huelguistas por considerar que se dañaban sus intereses y adopta la decisión de terminación de la contrata que es la que realmente origina los despidos.

mismo de la Sentencia del Tribunal Constitucional. La sentencia precedente centra su *thema decidendi* en la vulneración del derecho de huelga causado por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptado por la empresa contratistas, pero derivada de una previa decisión de la empresa principal en el marco de un contrato mercantil que reacciona frente a los trabajadores huelguistas por considerar dañados sus intereses, adoptando la decisión de terminar con la contrata, que es la que realmente origina los despidos acordados.

Ante la necesidad de acomodar la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional a las circunstancias concretas del supuesto, el órgano jurisdiccional justifica y razona los criterios que le han llevado a concluir que la conducta de las empresas editoras demandadas ha vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de la empresa contratista.

3.2.1.2 *Extensión de la responsabilidad solidaria*

En esta segunda fase de la Sentencia es clave para el Tribunal Supremo la especial vinculación entre la empresa principal y la contratista, al recordar que, si bien es cierto que dichas empresas mercantiles -empresas del grupo donde no se había convocado huelga- no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, tampoco puede considerarse una mera relación mercantil, en la que unas que editan los diarios contratan, con otra, la impresión de los mismos. El Tribunal considera que la relación es mucho más intensa al pertenecer a un mismo grupo empresarial⁶⁰², lo que provoca determinados efectos. De suerte que, los bienes o servicios de la empresa principal situados en el mercado son producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo. Llegando a concluir el Tribunal que, *”por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia,*

⁶⁰² El nacimiento de ambas -principal y contratista- obedece a un fenómeno de descentralización productiva, en el cual los servicios prestados por la empresa contratista es una parte del ciclo productivo de las empresas editoras.

habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores”.

El Tribunal recuerda como las empresas demandadas no constituían empresas independientes con personalidad jurídica propia y distinta de las demás. Recuerda que la estructura del grupo “A” tuvo su origen en un proceso de segregación y transmisión de las distintas unidades del Diario “A” por el cual se transfirió a AGRUPACIÓN DE SERVICIOS DE INTERNET Y PRENSA, los activos y pasivos del Diario “A” afectos a los servicios de Administración, Gestión de Personal. Transfiriendo a EDICIONES “A” los activos y pasivos del Diario “A” afectos a la actividad de realización y venta de contenidos informativos en papel, internet y móvil. Y a la empresa huelguista del supuesto los activos y pasivos del Diario “A” afectos a la actividad. La segregación fue declarada conforme a Derecho por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2010 (Procedimiento 78/2010), luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero (Rec. 130/2010). El Tribunal manifestó que el Diario “A”, era el único en el sector que no tenía diferenciada la actividad de sus periódicos con las actividades publicitarias, de impresión y de servicios. El proceso de segregación respondía a una situación de disminución de venta de prensa escrita, de publicidad y de beneficios. De este modo el Tribunal rechazó la pretensión de la representación de los trabajadores relativa a la nulidad de las subrogaciones contractuales del Diario “A” a las codemandadas por segregación empresarial. La idea de esta nueva reorganización tenía como objetivo crear una estructura empresarial eficiente y sostenible que respondía a una situación adversa.

A pesar de lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), considera que las complejas relaciones internas que se producen en un grupo empresarial no pueden ser obviadas y que cualquier conducta encaminada a vaciar de contenido el derecho de huelga debe ser protegida. La contratación por parte de la empresa principal de los servicios que recibía de su contratista en huelga es considerada por el Tribunal lesiva de los derechos fundamentales, *“ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores”*, tal y como ha

establecido la Sentencia Tribunal Constitucional 19 de octubre de 2010 (Rec.3567/2006)

Sin embargo, parece que rectifique su posición cuando, a continuación, el Tribunal viene a corroborar que “sentada la existencia de relación mercantil entre las demandadas -empresas principales y empresa contratista- y, constatada que ha sido la actividad de las empresas principales, consistente en la contratación con otras empresas la impresión de los diarios durante los días de huelga, la que ha vaciado de contenido el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores -de la empresa contratista-, forzoso es declarar que han sido dichas empresas las que han vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores, con las consecuencias que se determinarán”. Con esta afirmación, por un lado, el Tribunal admite que los integrantes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicamente independientes que son, no siendo suficiente para extender la responsabilidad solidaria la dirección unitaria de varias empresas⁶⁰³; y, por otro lado, que la relación existente entre las empresas codemandadas y la empresa de los trabajadores huelguistas es una mera relación mercantil, no existiendo relación laboral directa con los trabajadores huelguistas. Sin embargo, posteriormente matiza admite la responsabilidad de las empresas codemandadas al encuadrar el caso objeto de la litis dentro de las circunstancias recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). En esta Sentencia el órgano jurisdiccional rectifica el argumento de que el grupo de empresas con efectos laborales no era equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El Tribunal define que “el concepto de «grupo de empresas» ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico...en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurren los factores adicionales que posteriormente referiremos”.

⁶⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992).

La pregunta que deberíamos hacernos es, si el asunto examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) está encuadrado dentro de los supuestos especiales a los que alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

La respuesta de la Sala es afirmativa, admitiendo la trascendencia laboral del grupo de empresas. El Tribunal argumenta que al Grupo “A” pertenece entre otras la empresa de los trabajadores huelguistas, siendo el único socio de ésta ediciones “A”, que cuenta con el 100 % de su capital social y actúa como administrador único, teniendo como cliente mayoritario al grupo “A”, en un porcentaje superior al 70%. De modo, que de tales datos infiere el Tribunal que Ediciones “A” es la empresa dominante respecto a la empresa de los trabajadores huelguistas, al poseer no solo la mayoría de capital sino también el control del órgano de administración. *“Estas especiales circunstancias nos permiten concluir que existe responsabilidad de las empresas editoras, integrantes del GRUPO, respecto a la incidencia que en el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de la empresa huelguista.”*

Pero no se debe olvidar que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales que determinaran la utilización fraudulenta o abusiva de la personalidad jurídica para provocar un menoscabo en los derechos fundamentales de los trabajadores⁶⁰⁴. Si, el Tribunal argumenta la responsabilidad de las empresas integrantes del grupo, sobre la base de que ediciones “A” es la empresa dominante respecto de la empresa de los trabajadores huelguistas ya que posee, no solo la mayoría del capital, sino también el control del órgano de administración, el Tribunal

⁶⁰⁴ Que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio 1983. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo 1990.

no ha resuelto en lo mismo términos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), no encontrándose el asunto examinado dentro de los supuestos especiales a los que alude la sentencia precedente, pues contrario a lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), no admite la transcendencia laboral del grupo de empresas en ciertas circunstancias, sino que es necesaria la presencia de elementos adicionales, fragmento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) que ha omitido en el desarrollo de la argumentación del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, si el juzgador tiene una consideración diversa por las peculiaridades que a su juicio muestra este caso concreto, tendría que haber motivado ese cambio de criterio para separarse de la línea doctrinal. La Sentencia de contraste argumenta que ni el control a través de órganos comunes, ni que una empresa tenga acciones de otra, son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial. Para ello hace falta un componente adicional que manifestado en: a) El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) La prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) La creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) La confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

En momento alguno el Tribunal ha resuelto en los mismos términos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). Se trata, por tanto, de una actuación jurisdiccional en la que un mismo órgano judicial mantiene simultáneamente dos criterios diferentes para resolver casos sustancialmente iguales, sin que pueda apreciarse ninguna razón que justifique este trato diferente, pues la resolución que lo aplica no explicita las razones por las que, se ha separado de una línea argumental doctrinal previa y consolidada.

La creación del recurso de casación para la unificación de doctrina “cumple una finalidad nomofiláctica de depuración del ordenamiento en su aplicación por los

Tribunales, al modo de la casación común. Y tal función de control de legalidad presupone la existencia de un ordenamiento jurídico único a aplicar por los órganos de la jurisdicción social, la articulación de un recurso de casación que, precisamente por estar fundado en la infracción de preceptos constitucionales o de normas estatales o supracomunitarias, justifica la intervención del Tribunal Supremo para asegurar la elaboración de una interpretación y jurisprudencia unitaria sobre dichas normas en todo el territorio nacional”⁶⁰⁵. Sin embargo, en el caso presente se ha modificado el criterio de las decisiones adoptadas en casos sustancialmente idénticos, sin ofrecer una fundamentación suficiente y razonables que haya motivado el cambio de criterio, vulnerando el principio de igual en la aplicación de la Ley. Siendo criterio del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, garantizado por *“el art. 14 CE y conectado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el art. 9.3 de la propia CE, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idéntico, a no ser que se aparte conscientemente de él(...)*tal derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos”⁶⁰⁶. Precizando que, para determinar si existe una variación de criterio en la aplicación de la doctrina, el Tribunal Constitucional ha establecido como elementos de referencia para que existe una desigualdad en su aplicación: *“en primer lugar, la acreditación de un término de comparación, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes decisiones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; en segundo lugar, la existencia de alteridad en los*

⁶⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 julio de 1997 (Rec.2831/1995).

⁶⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1998 (Rec.2726/1995).

supuestos contrastados, es decir, la “referencia a otro”, lo que excluye la comparación consigo mismo; en tercer lugar, la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició”⁶⁰⁷.

Podría sostenerse que, la operación de segregación⁶⁰⁸ del grupo “A” se ha producido en fraude de ley, troceando la empresa artificialmente para privar a los trabajadores de sus derechos. No obstante, en el caso de la empresa huelguista, se le atribuyeron los correspondientes medios humanos, financieros y materiales, se encarga con plena autonomía a las tareas de producción e impresión, no solo de las publicaciones del Grupo, además de otras publicaciones que no corresponde al Grupo; el empresario quedó subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, con plena autonomía organizativa y funcional, desde febrero de 2009, fecha en la que se produjo la escisión, prácticamente cuatro años, contados desde el inicio de los días de la huelga -diciembre 2012-.

Sin embargo, el Tribunal no acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo cuando en *“tiempos no muy lejanos las empresas*

⁶⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 2007 (Rec. 4065/2007).

⁶⁰⁸ Los procesos de descentralización productiva o segregación de actividades tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa recogido en el art. 38 C.E. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero (Rec. 130/2010). *“Derecho que tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha resultar respetuosa con los derechos de los trabajadores. Por ello el artículo 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores” quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”*

demandas no constituían empresas independientes con personalidad propia y distinta de las demás, sino una sola empresa”.

Entonces la pregunta que habría que hacerse es ¿cuánto tiempo debe considerarse para que una empresa segregada adquiera la condición de empresa independiente, con personalidad propia y distinta de las demás para evitar la extensión de la responsabilidad laboral?

Los criterios de razonabilidad expresados en el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014) para la extensión de la responsabilidad del grupo reabren de nuevo el debate doctrinal sobre la determinación, conforme al análisis formal de los elementos de la jurisprudencia, la responsabilidad de las diversas empresas del grupo, frente al de la determinación del verdadero empresario, sin necesidad de acudir a las fórmulas de fraude de ley o abuso de derecho, analizando quien se beneficia de los resultados de la actividad laboral. Con este criterio, aunque en concretos supuestos no exista grupo empresarial a los efectos laborales y no concurren los elementos jurisprudencialmente establecidos, la realidad llevaría a analizar y averiguar a favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar a favor de quien se presta el mismo⁶⁰⁹ o, equiparar la dirección unitaria al poder de control y dirección al que alude el art.1.1 ET, considerando al grupo como el verdadero empresario⁶¹⁰. En consecuencia, el Tribunal considera que se existe una relación entre los trabajadores huelguistas que presentan sus servicios en la empresa contratista y, la empresa principal *“al estar vinculadas directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias*

⁶⁰⁹ Voto particular formulado por D. FERNANDO SALINAS MOLINA, al que se adhieren D. JORDI AGUSTÍ JULIÁ, D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, D. ª MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA y D. ª ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2013 (Rec. 3/2013. Voto particular que formula el Excmo. SR. MAGISTRADO DON FERNANDO SALINAS MOLINA, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES DOÑA MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA, DOÑA ROSA MARIA VIROLES PIÑOL Y DON MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2014 (Rec. 16/2013).

⁶¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rec. 82/2012).

últimas de su actividad". Sin embargo, el Tribunal no ha considerado que las empresas segregadas funcionan autónomamente tras la segregación que se produjo hace más de cuatro años. En concreto, la empresa de los trabajadores huelguistas tiene como cliente mayoritario al grupo "A" en un 70%, pero el 30% restante, de otras empresas. Por ello, aunque gran parte de la tarea de impresión se realiza para el grupo de empresas del cual forma parte, resulta relevante la autonomía de las empresas al producirse la segregación. Cada empresa tiene su propia dirección, su estructura organizativa y dispone de los medios personales y materiales necesarios para acometer autónomamente sus objetivos empresariales. Las relaciones entre empresas no estaban condicionadas en modo alguno a estrategias conjuntas de producción o comerciales, otra cosa es, que la segregación estaba basada en causas organizativas y productivas con el objetivo de tener una mayor competitividad de las empresas del grupo en el mercado, siendo la única en el sector que mantenía estructuras unitarias. La estrategia es la segregación.

Las empresas clientes de la empresa de los trabajadores huelguistas, pero externas al proceso de segregación empresarial habrían vulnerado el derecho de huelga, pues la impresión de sus periódicos pertenece a su ciclo productivo y, pese a ello, contrataron con terceros la impresión. En consecuencia, habrían de ser protegidos los trabajadores frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga. Pese a ello, en instancia no fueron demandadas estas empresas, lo que se traduce en un comportamiento lícito de estas otras empresas principales externas al grupo, independientemente de que el proceso de edición forme parte del ciclo productivo de la empresa editora. La única diferencia, es que no pertenecen al grupo de empresas, lo único que existe es un vínculo mercantil de subcontratación de prestación de servicios entre ellas.

3.2.1.3 *Conclusión*

La sentencia de casación ha determinado el alcance del derecho de la huelga en un proceso de descentralización y hasta qué punto, estas nuevas formas de organización empresarial pueden afectar al ejercicio del derecho a la huelga cuando las mercantiles

acuden a terceros para lograr la publicación de los diarios. El Tribunal ha analizado si la medida adoptada por las empresas clientes, durante la huelga de contratar los servicios con empresas distintas aquellas en la que se desarrolla la huelga, es lícito o no y, en los supuestos en los que existe grupo laboral, las empresas del grupo con autonomía productiva contratan con una empresa diferente a aquella con la que venían contratando durante la situación de huelga. Y todo ello, con remisión a la jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional, con especial referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2010 (Rec. 3567/2006).

En mi opinión, concurren dos elementos en la definición de grupo que no se han tenido en cuenta, la independencia jurídica de sus miembros y la limitación de responsabilidad correspondiente, ello no impide que se adviertan riesgos derivados de su funcionamiento y, se declare la responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones laborales contraídas por cualquiera de ellas. En el caso objeto de estudio:

El grupo no es una única empresa real, se trata de segregaciones de actividades plenamente lícitas, que no tienen su origen en llevar a cabo conductas lesivas del derecho de libertad sindical y de huelga sobre los trabajadores huelguistas, sino que tiene su origen en la disminución de publicidad y beneficios, *"sobre un modelo organizativo único en el sector, "puesto que todos los grandes grupos de comunicación tenían diferenciada la actividad de confección de sus periódicos con las actividades publicitarias, de impresión y de servicios", que no se correspondía con la idea de una organización empresarial eficiente y sostenible"*⁶¹¹. La segregación ha sido respetuosa con los derechos de los trabajadores, habiendo quedado en el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empresario.

Cada empresa tiene su propia dirección, su estructura organizativa y dispone de los medios personales y materiales necesarios para acometer autónomamente sus

⁶¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero 2011 (Rec. 130/2010), declara conforme a derecho la segregación realizada.

objetivos empresariales, no existe una actividad coordinada que vacíe de contenido el derecho de huelga.

Se está en presencia de un grupo mercantil no patológico, en el que las distintas empresas guardan una completa autonomía productiva respecto de aquella en la que se desarrolla la huelga. Por tanto, es perfectamente lícito que durante la huelga las empresas clientes busquen a otras empresas que cubran los servicios que les presta la empresa en huelga. La empresa principal es cliente final de la empresa contratista, por lo que le permite acudir a terceras empresas para cubrir los servicios que no realiza la empresa afectada por la huelga. Quien contrata es la empresa principal y no la empresa que padece la huelga, en este caso no se podría hablar de esquirolaje externo, porque no lo hubo. Evidentemente, si se considera el grupo como una única empresa real, no habría dudas en sostener la existencia de un esquirolaje externo, pero no se da el caso.

En el campo del Derecho del Trabajo se admite la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo cuando en el mismo concurren los elementos adicionales que la Sala IV del Tribunal Supremo ha sistematizado⁶¹². Pero no se da ninguno de los elementos patológicos para la extensión de la responsabilidad laboral en este caso concreto.

No puede considerarse una actitud fraudulenta o contraria a derecho, los casos en los que la empresa dominante controle el 100 % del capital social, para derivar en una responsabilidad solidaria⁶¹³.

⁶¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

⁶¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998), Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013 (Rec. 3/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2014 (Rec. 19/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2014 (Rec. 546/2013), Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2015 (Rec. 279/2015).

La Sentencia de casación construye la vulneración del derecho de libertad sindical y de huelga por quien no es empresario directo del trabajador, sobre la base de los siguientes hechos:

La empresa de los trabajadores huelguistas se crea por segregación de la actividad de impresión que venía realizando el diario "A".

La empresa afectada por la huelga forma parte de un grupo de empresas mercantil.

El diario "A" posee el 100 % del capital social de la empresa y ejerce como administrador único de la misma.

La empresa afectada por la huelga tiene como cliente mayoritario el Grupo "A", teniendo también como clientes a otras empresas ajenas al grupo. La relación es de 70%-30%.

La empresa afectada por la huelga se subroga en todos los derechos y obligaciones de la empresa anterior.

La relación entre la empresa afectada por la huelga y la empresa contratista, perteneciente al grupo, es estrictamente mercantil.

La huelga se convoca como consecuencia del despido colectivo y el mismo finaliza con acuerdo.

Pero resulta paradigmático como en relación con empresas que no tienen ningún vínculo empresarial, salvo el estrictamente mercantil de subcontratación de bienes y servicios, la doctrina del Tribunal Supremo ha determinado que, *"no existiendo ninguna especial vinculación, ni ningún otro tipo de circunstancia que a la empresa principal le obligara a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas, su actuación encargando las tareas a un tercero, se rechaza la vulneración del derecho de huelga"*⁶¹⁴ y, en este caso, el Tribunal se desdice.

⁶¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017).

Es cierto que la doctrina del Tribunal Supremo identifica dos escenarios posibles: a) Grupos de empresas mercantiles. Las empresas integradas en un grupo empresarial, entre las que existe una relación mercantil, de suerte que los bienes o servicios son producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo, vacían de contenido el derecho de huelga de sus trabajadores, cuando éstas contratan con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga en la empresa de los trabajadores huelguistas, se produce una lesión de los derechos de huelga y libertad sindical de los trabajadores huelguista por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas; y b) Subcontratación de bienes o servicios. Libertad de contratación de bienes y servicios, cuando no exista vinculación alguna con la nueva contratista, solo una relación estrictamente mercantil de subcontratación.

Se hace interesante conocer como la Sala IV del Tribunal Supremo se ha enfrentado a supuestos en los que no se ha cuestionaba la vulneración del derecho de huelga en casos de subcontratación y, como los ha justificado. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016), analiza un supuesto en el que, los trabajadores huelguistas son los empleados de las contratas, subcontratas y autónomos, que realizan su actividad para las empresas subcontratadas por la empresa "A". La huelga es comunicada a la autoridad laboral, a la patronal del Sector y a la empresa "A" en la que se le comunicaba que se estaba a la espera de su citación – empresa principal- para llevar a cabo una negociación respecto a los puntos a tratar y que se reflejaban en la convocatoria de huelga. La empresa principal se negó a sentarse en la mesa de negociación, por cuanto que la huelga no tenía como titulares subjetivos a sus trabajadores.

El recurso de casación se plantea contra la empresa principal, cuando los trabajadores en huelga no pertenecían a su plantilla, sino a las diferentes empresas que subcontratan con aquélla la actividad de provisión de servicios finales. La representación sindical entendía, que el no sentarse la empresa principal a negociar de buena fe sobre los motivos de la huelga, conculcaban el derecho a la huelga que impone el art. 8.2 de la Ley 17/1977. El sindicato recurrente, al amparo del art. 177.4 LRJS, interpreta que es opcional para el demandante poder dirigir sus pretensiones,

contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable de la vulneración del derecho de huelga, lo que, en este caso, el sindicato opta por llamar al proceso a la empresa principal como responsable única de la lesión de derechos fundamentales.

Sin embargo, el precepto no recoge la teoría apuntalada por el sindicato recurrente. Demandar por la vía del art. 177.4 LRJS, no plantea disyuntiva alguna, al contrario, el actor debe dirigir la demanda necesariamente contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable.

En el caso concreto, diez empresas suscribieron con la principal el denominado “contrato bucle”, para la reparación, conservación y mantenimiento de la red telefónica, contrato mercantil que estuvo vigente en el periodo 2012-2015. El problema surge cuando se pretendió la firma de un nuevo “contrato bucle”, con condiciones modificadas que no son aceptadas por los trabajadores de las contratas y subcontratas. Ello motivo, que el sindicato convocara una huelga para tratar las reivindicaciones de los trabajadores de dichas empresas –condiciones laborales, salariales, sociales y de salud laboral. Huelga comunicada a la Autoridad Laboral, a la patronal del Sector del Metal y a la empresa principal en la que se le comunicaba, que se quedaba a la espera de su citación a la mayor brevedad, para llevar a cabo una negociación de buena fe con el objeto de llegar a un acuerdo respecto a los puntos que se reflejaban en la convocatoria de huelga.

El Tribunal ha entendido que la empresa principal tiene la condición de tercero y, no se puede obligar a terceras personas a negociar sobre la huelga de trabajadores que no pertenecen a su plantilla, ni interactúan con él en conexión directa con la relación laboral. La única relación que le une con las contratas y subcontratas, es estrictamente mercantil. De modo, que la empresa principal no está obligada a negociar para llegar a un acuerdo para poner fin a la huelga, por cuanto que la huelga no tenía como titulares subjetivos a sus trabajadores.

En este sentido, el Tribunal argumenta que “toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho

subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3 , 5 , 7 y 8 del RDL 17/1977 , de manera que si, como ocurre en el presente caso, esa vinculación entre la huelga convocada y llevada a cabo por los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas por Telefónica en virtud de la ejecución de los denominados "contratos bucle" para la ejecución de servicios finales de telecomunicaciones, no existió, no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga, y particularmente en el artículo 8.2 del RDL 17/1977 que el recurrente denuncia como infringido por la sentencia recurrida”.

En definitiva, en estos casos de subcontratación de trabajos a empresas distintas a la de los trabajadores huelguistas, el Tribunal Supremo ha considerado que la aplicación del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo no conlleva ninguna obligación para tercera empresa, al entender que la subcontratación se produce entre empresas independientes entre sí -pertenecientes o no a la propia actividad principal- que carecen cualquier vínculo, salvo, el contrato estrictamente mercantil de subcontratación de bienes o servicios y, *“las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil, y no están condicionadas, en modo alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo”*⁶¹⁵.

Dicho esto, ¿qué diferencia puede existir en este caso con grupos de empresas que subcontratan con terceras empresas? Creo que para su mejor entendimiento las comparo en un cuadro.

SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN	GRUPO DE EMPRESAS MERCANTIL
Subcontratación de bienes y servicios que se producen entre empresas independientes sí - pertenecientes o no a la propia actividad	Subcontratación de bienes y servicios entre empresas del grupo. Empresas independientes entre sí, subordinadas a una dirección unitaria y,

⁶¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de octubre de 2018 (Rec. 1147/2017).

<p>principal- que carecen cualquier vínculo, salvo, el contrato estrictamente mercantil de subcontratación.</p>	<p>bajo la existencia de un contrato estrictamente mercantil de subcontratación. No existe, obligación de contratar con las empresas de grupo, cada una de las empresas busca mejorar su competitividad en el mercado.</p>
<p>Las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil, y no están condicionadas, en modo alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo.</p>	<p>Cada empresa tiene su propia dirección, su estructura organizativa y dispone de los medios personales y materiales necesarios para acometer autónomamente sus objetivos empresariales.</p>
<p>La aplicación del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo no conlleva ninguna obligación para tercera empresa.</p>	<p>La aplicación del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo conlleva obligaciones para tercera empresa.</p>

Tabla 1 Comparativa subcontratación y Subcontratación por grupos de empresas

Volviendo a retomar el contenido del epígrafe, el bagaje de contenidos jurídicos vertidos en esta Sentencia de casación para determinar las responsabilidades del grupo de empresas en sus actuaciones, ha dejado olvidada, a mi juicio, una cuestión a resolver, es si realmente la conducta de la empresa ha supuesto una vulneración del derecho de huelga contenido en el art. 28.2 C. E, y si además influyó de manera relevante en el proceso de negociación de las condiciones de despido que se debatía en la correspondiente comisión.

El Comité de Empresa y la Federación Estatal de Servicios a la Ciudadanía de CCOO convocaron huelga los días 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2012, durante toda la jornada. La huelga se convocó como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo por la empresa que afectaba a 92 trabajadores. El 31 de diciembre de 2012 se alcanzó un acuerdo y consta que el 9 de enero de 2103 hubo una reunión entre las partes para su desarrollo.

Realmente, la vulneración aludida no se proyectó negativamente sobre el proceso de negociación del despido colectivo. No es un hecho probado, que la conducta de las codemandadas alterase los términos de la negociación por la contratación con terceras empresas de los trabajados de edición que venía realizando la empresa que padece la

huelga, ni constituyera un intento de eliminar o minimizar el efecto de la huelga. Más aún, cuando la negociación continuó después de terminar el periodo de consultas hasta alcanzar un acuerdo⁶¹⁶.

Pero, en el hipotético caso de una posible vulneración del derecho de huelga ¿Cómo se justifica esta vulneración? En esencia, debería de haber existido un nexo causal entre la acción de las empresas codemandadas y la vulneración del derecho de huelga, de manera que se hubieran vistos alterados los términos de la negociación, sin embargo, su acción no influyó en el resultado, pues la medida extintiva ya estaba decidida por el empresario.

Puede pensarse que la acción de la empresa bien pudo tener su razón de ser en un intento de anular la posición de fuerza que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas. Sin embargo, la acción no puede ser sancionable cuando el objetivo del proceso de consultas es negociar de buena fe para alcanzar un acuerdo y su contenido ha de versar sobre la posibilidad de adoptar medidas alternativas al despido para limitar o atenuar sus consecuencias, art.51.2 ET Para apreciar la mala fe *“debe asociarse con la existencia o no de propuestas concretas y celebración de reuniones”*⁶¹⁷. En ningún momento se ha intentado *“ocultar o alterar datos, así como proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se acompañará a posteriori”*⁶¹⁸, con un propósito vulnerador de la confianza en la negociación y, las consultas existieron. En momento alguno, se ha acompañado el contenido de las actas a la sentencia, pero intuyo que las propuestas y

⁶¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2013 (Proc. 04/2013). *“La expresión “duración no superior a quince días” significa únicamente que, superado el plazo antes citado, considerado suficiente por el legislador para que las partes alcancen acuerdos, ninguna de las partes puede compeler a la otra a prolongar artificialmente la negociación. Por el contrario, cuando la negociación sigue abierta, impedir que llegue a buen puerto, cuando sea necesario un período más prolongado de negociación, quebraría la finalidad esencial del período de consultas, que es alcanzar acuerdos”*.

⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (Rec. 295/2014).

⁶¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (Rec. 276/2013).

las contrapropuestas constaran en las actas de la negociación, *“pero la ausencia de acuerdo nada significa, porque la norma obliga a negociar, pero no a pactar”*⁶¹⁹.

Consiguientemente, se ha dado el requisito de negociar de buena fe, al aportar la empresa la documentación necesaria sobre las causas del despido y su adecuación a las medidas propuestas para finalmente alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores, quedando descartada la vulneración del derecho de huelga por las empresas codemandadas. pues no consta lo contrario.

Lo relevante del caso hubiese sido que la empresa de los trabajadores huelguistas hubiera sustituido a los trabajadores que ejercitaban su constitucional derecho a la huelga por otros trabajadores ajenos a la empresa. La paralización del proceso productivo por utilización del derecho fundamental, ha sido un instrumento de presión ejercitado sobre la empresa de los trabajadores huelguistas. Cierto es que a la empresa le está prohibido adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que representa la paralización del trabajo. Sin embargo, las empresas codemandadas, no están sujetas a los límites legales del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, *“puesto que la construcción jurídica del esquirolaje, en todas sus modalidades, es contractualista laboral y bilateral”*⁶²⁰. De modo que, las empresas codemandadas que se sirven de la impresión de sus diarios tienen absoluta libertad para buscar los servicios de impresión que la empresa en huelga les suministra⁶²¹.

⁶¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Social de 6 de julio de 2012 (Rec. 12/2012).

⁶²⁰ LAHERA FORTEZA, J. (2019), *“Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)”*. *Derecho de las relaciones laborales*, número 3, pg. 307.

⁶²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 (Rec. 3609/2000). *“...los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquéllos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”*.

Llegar a la conclusión de la existencia de la vulneración del derecho de huelga al existir una especial vinculación que les obligará a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros la impresión del diario, por el hecho de pertenecer a un grupo de empresas y, desligar la actuación del resto de sus empresas clientes cuando acuden por propia iniciativa a terceras empresas durante la celebración de la huelga para la prestación de los servicios correspondientes, por el hecho que no pertenecen a un grupo de empresas, es contrario a la igualdad en la aplicación de la Ley, garantizado por el art. 14 CE y conectado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el art. 9.3 de la propia CE.

Lo que viene a decir la sentencia de casación es que la especial vinculación existente entre la empresa principal y contratista, prohíbe a la empresa principal la contratación de los servicios prestados por la empresa en huelga. Sin embargo, que la empresa huelguista tenga como clientes a empresas no pertenecientes al grupo y que estas acuden a otras empresas para la impresión de los periódicos durante la huelga no se ha considerado como un acto vulnerador del derecho de huelga y el hecho está que no han sido demandadas. Considerando lícito que las empresas no pertenecientes al grupo acudan a otras empresas e ilícito que las empresas del grupo acudan a terceros para la impresión de sus diarios, pues la acción de las empresas codemandadas, bien pudiera encajar en un tipo de esquirolaje externo que priva de efectividad a la huelga vaciando de contenido el derecho constitucional.

Si fuese así, realmente, la prohibición de contratar con otras empresas, está limitando las facultades organizativas del empresario, prohibición que no queda amparado por el principio constitucional de libertad de empresas del art. 38 CE. En momento alguno debe considerarse el derecho de huelga como *“un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro”*⁶²² y, por ello, es exigible *“una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las*

⁶²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984 (Rec. 503/504-1984).

*huelgas puedan considerarse abusivas*⁶²³. En caso contrario, la excesiva protección del derecho de huelga conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes⁶²⁴.

Llegados a este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional no puede servir a la sentencia objeto de estudio para concluir que la conducta de empresas terceras ajenas a la relación laboral al contratar los trabajos que hacían los trabajadores huelguistas, ha vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores. Y ello, en base a los siguientes argumentos:

En el caso de despido el objetivo, fundado en la vulneración de derechos fundamentales, la petición sería la reposición en la relación laboral vigente⁶²⁵. Difícil, obligar a un tercero ajeno a la relación laboral que restablezca la integridad del derecho, dejándola como estaba en el momento anterior a la lesión. Ahora bien, en el caso estudiado ¿cuál sería la sanción adecuada a la lesión del derecho de huelga y libertad sindical? La representación sindical solicita una indemnización por daños y perjuicios, que el Tribunal hace suya, condenando a terceras empresas ajenas a la relación laboral de los trabajadores huelguistas al pago de un *quantum indemnizatorio*. Cálculo atendiendo a las siguientes circunstancias:

⁶²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1980).

⁶²⁴ DESDENTADO BONETE, A (2016), ob. cit., p. 4. *Es, por ejemplo, la estrategia de «victimización externa» de los usuarios como efecto multiplicador en determinados conflictos en los servicios públicos. Un ejemplo permite aclarar el problema, que es, en realidad, bastante simple. Un gran número de empresas constructoras de una provincia tienen contratados los trabajos de carpintería de sus obras con la empresa Z. En ésta se declara una huelga que paraliza la producción y distribución de los encargos. Parece que los efectos de la huelga tendrían mayor repercusión pública («visibilidad», según la sentencia) si las constructoras no pudieran recurrir a otras contratadas, pues la paralización de las construcciones sería una noticia en el marco provincial. Pero ese interés de los huelguistas en potenciar la «visibilidad» de su conflicto no obliga a las constructoras a abstenerse de recurrir a otras vías para continuar su actividad. Esto es algo evidente, pues de lo contrario la huelga se convertiría en un «derecho terrible», para utilizar el término que Rodotà aplicó al derecho de propiedad, en una transformación que ni siquiera convendría al propio derecho de huelga por los riesgos de la hybris.*

⁶²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 2002 (Rec. 2331/1998).

La contratación con otras empresas la impresión del diario durante los días de huelga. Éste no es argumento sólido para fundamentar la vulneración del derecho de huelga y libertad sindical y, ello en base los siguientes argumentos:

La aplicación del art. 6.5 RDL 17/1977, no conlleva ninguna obligación para terceras personas. Sostener que ha habido una sustitución de los trabajadores huelguistas por la contratación del servicio de impresión a otra empresa, es realizar una interpretación extensiva del art. 6.5 RDL 17/1977. No sólo porque su acción no influyó en el resultado, sino, porque lo que debe sancionarse es la violación del derecho y no porque haya una continuidad en la actividad empresarial. La medida de contratar con terceras empresas la tarea de impresión que realizaba la empresa de los trabajadores huelguistas tiene naturaleza organizativa, no de represalia, en momento alguno ha vaciado de contenido el proceso de negociación, habida cuenta que la contratación con terceras empresas no ha tenido influencia en el proceso negociador⁶²⁶. La contratación no ha desactivado la presión producida por el paro producido, no se ha privado de efectividad a la huelga al no existir una conexión directa entre los trabajadores huelguista y las empresas codemandadas.

“El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma”⁶²⁷. En momento alguno, la visibilidad de la huelga se vio mermada por la contratación por la empresa principal, habida cuenta que la posibilidad de efectuar la publicidad de la misma, es una facultad exclusivamente atribuida al trabajador en el art. 6.6 RDL 17/1977. De modo que, no puede hacerse responsable a terceros del éxito de la huelga, cuando se le dota al trabajador de medios adecuados para dar visibilidad a su

⁶²⁶ Voto Particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel López García de la Serrana, y D. José Luis Gilolmo López, y al que se adhieren los Magistrados Excma. Sra. Doña Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación nº 354/2014.

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014).

reivindicación. La Constitución garantiza el derecho a la huelga, pero no impone el deber de colaborar con los trabajadores huelguistas para el éxito de la reivindicación.

“El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida”. La legislación laboral para fomentar la acción sindical, autoriza a los representantes a expresar con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social art. 68.d) ET. El posible descrédito y pérdida de confianza en el sindicato, solo puede justificarse por la falta o escasa acción del sindicato convocante para dar visibilidad a la huelga, no pudiendo recaer sobre terceros la responsabilidad que otros tienen sobre el éxito de la misma. En todo momento queda garantizado el derecho de huelga, pero, la Constitución no garantiza el éxito o reivindicación de la misma.

Si se trata como una sola persona jurídica el conglomerado de empresas segregadas, frente a lo que en realidad son personas jurídicamente independientes con una estructura organizativa propia, si fuese así, quedaría vulnerada la Ley 3/2009, de 03 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y los objetivos para la que fueron diseñadas. En realidad, no tendría sentido alguno haberse separado si realmente tienen la consideración de una única empresa, quedando vacío de contenido las normas sobre modificaciones estructurales de las sociedades.

Condenando a la empresa principal por vulneración del derecho de huelga, se estaría ampliando el marco competencial de la jurisdicción social en materia de tutela de derechos fundamentales⁶²⁸ por comportamientos de terceros ajenos a la relación laboral, cuando no resulta acreditado que la vulneración del derecho se produce en el

⁶²⁸ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Pág. 123.” *No obstante, dado que no sería aceptable traspasar los límites asignados al orden jurisdiccional social, la mención a la «conexión directa con las mismas» debe interpretarse como una alusión a las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a este orden pero que están directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, tal y como prevé el artículo 4.1”.*

marco laboral o conexión directa con la relación laboral. La conexión directa con la relación laboral no se produce en el ámbito de las relaciones jurídicas del trabajo⁶²⁹, sino en el ámbito mercantil y, no se produce en el centro de trabajo donde realizan sus tareas⁶³⁰, por no estar dentro del marco de la prestación laboral. A pesar de que trabajadores y empresas forman parte de un grupo de empresas, resulta insuficiente la mera conexión indirecta para extender la responsabilidad solidaria por el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de ellas.

En buena lógica, la vulneración del derecho constitucional de los trabajadores se hubiera producido, si:

La empresa de los trabajadores huelguistas, hubiesen sido sustituidos por otros trabajadores ajenos a la empresa.

El despido no se ha producido por el ejercicio del derecho a la huelga, sino a consecuencia del despido colectivo iniciado por la empresa de los trabajadores huelguista.

La empresa principal al contratar con otra empresa el servicio de impresión no ha vaciado de contenido la medida de presión, más aún, tras la finalización del periodo de consultas reglamentario, se continuó negociando hasta alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, no se han dado ninguno de los escenarios descritos.

⁶²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2008 (Rec. 2543/2006). “...que tal acoso ha de ser el que se produzca “en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social”. Por tanto el acoso a que esta norma se refiere es todo aquél que exista “en el ámbito de las relaciones jurídicas” de trabajo, no haciendo la misma a tal respecto distingo ni exclusión alguna, de modo que este precepto no sólo comprende el acoso (sea moral sea sexual) que lleve a cabo el empresario frente al trabajador, sino también el efectuado contra éste por cualquier otro empleado de la empresa, cualquiera que sea su rango o condición; esto es claro, pues todas estas diferentes clases de acoso se suscitan y presentan “en el ámbito” propio de las relaciones de trabajo”.

⁶³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2007 (Rec. 2253/2003). “...y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos”.

Se hace necesario acreditar indicios razonables de vulneración del derecho de huelga que, no concurren por el mero hecho de:

Existir una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista y las empresas principales, la vinculación es estrictamente mercantil entre la empresa contratista y la principal, son empresas con recursos propios para la ejecución de una actividad propia.

La contratación de la empresa principal con otras empresas la actividad principal, cuestión distinta hubiese sido la sustitución de los trabajadores huelguista por parte de la empresa contratista, vulnerando el art. 6.5 RDL 17/1977.

Pertenecer a un mismo grupo empresarial, conforme la doctrina del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) no concurren los elementos adicionales para la extensión de la responsabilidad solidaria a cualquier empresa del grupo por el incumplimiento de las obligaciones de una de ellas con los trabajadores, no es suficiente para extender la responsabilidad solidaria formar parte de un grupo.

En todo caso, la responsabilidad en el ámbito laboral de los procesos de segregación o descentralización vendrá determinada por la establecido en el art. 42 y 44 ET, que en momento alguno contemplan la responsabilidad por vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En momento alguno, ha quedado acreditado el nexo causal entre la acción de la empresa editora y la supuesta violación del derecho de huelga. La huelga se convocó como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo por la empresa que afectaba a 92 trabajadores. El derecho de huelga tiene como objeto obtener condiciones que mejoren los intereses profesionales de los trabajadores⁶³¹, pero en el caso concreto, el derecho de huelga ha sido utilizado como un instrumento de presión en la negociación. El despido colectivo no se ha producido como medida de represalia

⁶³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 (Rec. 3609/2000).

del ejercicio de huelga, el despido ha sido una medida que se había adoptado por otras razones antes de la huelga. En el caso concreto, la huelga no ha sido la causa del despido, sino el medio de presión en la negociación. Sin embargo, hay que distinguir entre lo que se hace en una mesa de negociación, art. 51 ET, fuera de la mesa de negociación y, finalmente lo que se decide⁶³².

De ahí que, a mi juicio, no se puede exigir al empresario a contribuir al éxito de las reivindicaciones cuando:

La Constitución garantiza el Derecho a la huelga, no el resultado o el éxito de la reivindicación.

Ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de consecuencia del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados.

El derecho de huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario que debe soportar las consecuencias de su ejercicio por parte de los trabajadores colocándose fuera del contrato de trabajo –suspensión del contrato de trabajo durante la huelga-, pero no se impone el deber o la obligación de colaborar con los trabajadores huelguistas.

La Constitución reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Sin embargo, ningún derecho constitucional es ilimitado⁶³³, “los

⁶³² Voto Particular que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel López García de la Serrana, y D. José Luis Gilolmo López, y al que se adhieren los Magistrados Excma. Sra. Doña Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación nº 354/2014

⁶³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1981). “En este sentido puede considerarse que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos. Ocorre así singularmente en lo que el art. 7.2 llama huelgas de trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos(...)El abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se la dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado...El abuso del derecho de huelga puede finalmente consistir en disminuir formal y aparentemente el número de

*daños de la huelga no pueden ir más allá de lo que es razonablemente exigido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica*⁶³⁴.

La huelga es un derecho de hacer sobre el empresario, pero no es una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital. Se exige por ello una *“proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hace que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas pueden considerarse abusivas”*⁶³⁵.

No se puede exigir al empresario que no utilice medios técnicos⁶³⁶ con los que cuenta en la empresa o que se abstenga de realizar la actividad productiva para

personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo. Este elemento de simulación es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer”.

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982 (Rec. 5/1982).

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (Rec. 192/1981).

⁶³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 2017 (Rec. 25/2017). La empresa contratista “A” suscribe con la empresa principal “B” un contrato de prestación de servicios telefónicos para atención a clientes y resolución de averías. Contratos similares tiene la empresa “B”, con otras empresas auxiliares, distribuyendo entre ellas las necesidades mediante una aplicación informática. La empresa principal “B” disminuye el caudal de servicios requeridos a “A”, basándose en la escasa calidad de los prestados. La empresa contratista “A” extingue inicialmente 34 contratos de trabajo de la modalidad de obra o servicio y, posteriormente, la empresa principal “B” comunica a la empresa contratista “A” la extinción de tres contratos mercantiles de prestación de servicios. La empresa contratista “A”, acuerda la extinción de otros 114 contratos de la modalidad de obra o servicios. Seguidamente, se convoca una huelga tendente a evitar el despido colectivo, como consecuencia de haber perdido los reseñados contratos de prestación de servicios con la empresa principal.

La Sentencia de instancia desestima la nulidad del despido por vulneración del derecho de huelga y, contra la resolución la representación sindical preparó recurso de casación, basándose entre otros, en la infracción del art. 28 C.E y, el art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997.

La empresa principal, dispone de un dispositivo automático para redistribuir entre las contratistas la atención de llamadas telefónicas y resolución de averías. De manera que, mediante una aplicación, se activa el dispositivo para la redistribución entre las empresas contratistas de los servicios, cuando se producen picos de demanda.

La demandada denuncia la utilización que hace la empresa principal del dispositivo para redistribuir los servicios entre las contratistas, coincidiendo la disminución de llamadas con el ejercicio del derecho fundamental de huelga. En consecuencia, hay vulneración del derecho de huelga, cuando la empresa principal, contratante del servicio de telefonía, utiliza el dispositivo para suplir la falta de producción de los trabajadores en huelga, incidiendo directamente dicha conducta en el proceso negociador.

conseguir el logro de los objetivos de la huelga⁶³⁷. En consecuencia, el esquirolaje “tecnológico” es aceptado, siempre y cuando, los medios técnicos utilizados son de uso habitual y, no han sido adquiridos para la ocasión por la empresa para usos excepcionales, vaciando de contenido el ejercicio del derecho de huelga⁶³⁸. Sin

Sin embargo, el Tribunal descarta que se haya producido vulneración del derecho de huelga al no acreditarse la conexión de la conducta imputada a la empresa con la decisión el despido colectivo. No comparte el argumento de la existencia de “*esquirolaje tecnológico*” cuando la empresa principal “B”,

Desde el principio, la reacción de la empresa principal ha tenido una naturaleza organizativa. El dispositivo estaba establecido de manera general en repuesta a los picos de demanda, no de represalia, que “*conjuga, mediante el correspondiente algoritmo, la distribución de la carga de trabajo entre subcontratistas, respuesta a los picos de demanda y al tiempo de recuperación de llamadas, de manera que, si se producen retrasos relevantes, se distribuye a otros proveedores*”. En consecuencia, la empresa principal no ha utilizado medios técnicos no habituales para disminuir la carga de trabajo coincidiendo con el periodo de huelga y, alterar la negociación, sino que ha operado con el sistema utilizado habitualmente de redistribución de tareas para mantener su actividad, cuando se producen picos de demanda.

La duda que se planteada es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, que utiliza habitualmente, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje del art. 6.5 RDLT, “*en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo*”.

⁶³⁷ En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero 2017 (Rec. 1168/2014) analiza la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por TV de un partido de Champions League. Convocada una jornada de huelga en una televisión autonómica, la cadena suspendió su programación diaria, a excepción de un partido de fútbol Champions League. Un día normal de partido de fútbol, la señal llega a la TV, desde la antena va a control central, en control central un trabajador la envía a un locutorio, que debe estar encendido previamente por un técnico y, en que hay un trabajador que efectúa la locución. La señal se devuelve automáticamente a control central, donde un trabajador la envía a continuidad, allí un trabajador el símbolo de la TV y, envía dos señales: a) una de ellas va al emisor A y, otra a control central donde un trabajador la envía al emisor B. El día de la huelga, la señal del partido llegó a la antena de la TV. En control central un trabajador que no estaba en huelga, la envió al locutorio, que se encontraba encendido porque el día anterior se había retransmitido otro partido de Champions League y, nadie lo apagó. El locutor, que no estaba en huelga, efectuó la locución, la señal se devolvió automáticamente a control central donde el trabajador que no estaba en huelga a envió a grafismo y, no a continuidad que hubiera sido lo normal. En grafismo, el coordinador, que no estaba en huelga, puso el símbolo de la TV. La señal volvió automáticamente a control central, que la envió directamente al emisor B.

La única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en lugar de a continuidad. Es en continuidad donde se pone el símbolo de la TV y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo

⁶³⁸ No cabe la sustitución de los trabajadores huelguistas, en realidad de la actividad desarrollada por los mismos, por medios mecánicos o automáticos, esquirolaje “tecnológico”. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 94/2014). *Sentada la existencia de relación mercantil entre las*

embargo, el pronunciamiento respecto del esquirolaje tecnológico no siempre había seguido un mismo criterio. Se pueden distinguir diferentes etapas; a) en una primera etapa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo había señalado que no *“hay precepto alguno que prohíba al empresario usar medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”*⁶³⁹; b) en una segunda etapa, cambio de criterio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011), vino a señalar que la utilización de medios mecánicos o tecnológicos lesiona el derecho de huelga, aun cuando no haya sustitución de huelguistas. Y ello, sobre la base de que la emisión por medios técnicos *“priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de la normalidad del servicio, lo que resulta contrario al derecho de huelga”*⁶⁴⁰; y c) en una tercera etapa con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2017 (Rec. 1168/2014). En esta última etapa aparecen notas comunes en la sentencias que sin duda pueden contribuir a ofrecer respuestas en el ámbito de los grupos de empresas: a) La existencia de una subcontratación de bienes o servicios que se producen entre empresas independientes entre sí; b) el único vínculo que las une es el estrictamente mercantil de subcontratación; c) convocada la huelga en una o varias empresas contratistas, la empresa principal utiliza medios tecnológicos habituales para atender la necesidad

demandadas -empresas principales y empresa contratista- y, constatada que ha sido la actividad de las empresas principales, consistente en la contratación con otras empresas la impresión de los diarios durante los días de huelga, la que ha vaciado de contenido el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL, forzoso es declarar que han sido dichas empresas las que han vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores, con las consecuencias que se determinarán.

⁶³⁹ En sus sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000), Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2005 (Rec. 133/2004), Sentencia de 11 de junio de 2012 (Rec. 110/2011).

⁶⁴⁰ Voto particular que formula el Magistrado Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete y al que se adhieren la Sra. D.ª María Milagros Calvo Ibarlucea y Sr. D. José Luis Gilolmo López. Voto particular. Sr. D. Antonio Martín Valverde y al que se adhieren el r. D. José Manuel López García de la Serrana y el Sr. D. Jesús Souto Prieto.

productiva, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechaza toda obligación de negociar con los trabajadores huelguistas de la contratista. Rechazando la existencia de una vulneración del derecho de huelga.

3.2.2 Esquirolaje interno en los grupos de empresa.

El art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1977, dispone que: *“en tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo”*.

Una forma de esquirolaje, es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014), consistente en la utilización del trabajo de otras empresas de grupo para suplir la falta de producción de los trabajadores en huelga, incidiendo directamente la conducta en el proceso de negociación. O en aquellos casos donde se aumente la producción de otros centros de trabajo que no se encuentran en huelga, para evitar el desabastecimiento durante el ejercicio del derecho de huelga.

La cuestión jurídica que resolvió el Tribunal es si realmente esa forma de esquirolaje supone una vulneración del derecho de huelga contenido en el art. 28.2 CE y sí además se interfirió de manera relevante en el proceso de negociación de las condiciones del despido colectivo que se debatía en la correspondiente comisión constituida al efecto.

El Tribunal responde afirmativamente, entendiendo que se vulneró el derecho de huelga y que se incidió de manera directa y frontal en el proceso de negociación colectivo, hasta el punto de que la *“eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir con ocasión de esa huelga privó a su vez de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas que han de realizarse –no se olvide– para analizar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos”*.

Sin embargo, merece un análisis más detallado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) al objeto de identificar los elementos y

presupuestos jurídicos sobre los que se asienta para concluir que utilización del trabajo de otras empresas del grupo para suplir la falta de producción de los trabajadores en huelga, vulnera el derecho de huelga de los trabajadores.

Como consecuencia del seguimiento de la huelga se paró la producción en la fábrica de Fuenlabrada. En la plataforma logística de CCIP en Madrid existía *stock* suficiente hasta finales de febrero para distribuir en la Comunidad de Madrid, pero, *“dado que siempre había sido suministrado el producto desde -la empresa de los trabajadores huelguistas-, la permanencia en la situación de huelga determinaría que a partir de ese momento se producirían "roturas" de stock de algunas referencias”*. Para evitar esa falta de suministro, la plataforma logística de CCIP comenzó a surtir con productos procedentes de otras embotelladoras para tener atendido a sus clientes. *“En la semana del 14 de febrero habían entrado entre 5 y 6 trailers con mercancía procedente de otras embotelladoras. El día 18 de febrero entraron 13 camiones, uno procedente de A Coruña, seis procedentes de Sevilla y 6 de Burgos”*.

3.2.2.1 *Vulneración del derecho de huelga por quien no es empresario del trabajador.*

El Tribunal, en este caso, ha considerado que ha existido una conducta ilícita que es imputable a CCIP y *“ha tenido una incidencia directa en la negociación del periodo de consultas, puesto que la huelga cuyos efectos ha minorado y desactivado se llevaba a cabo durante el periodo de consultas y, precisamente, como instrumento de presión por parte de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva del despido colectivo”*.

Sin embargo, no existe el más mínimo elemento que haga concluir que la huelga fue un fracaso. Por un lado, se convocó la huelga el día 31 de enero de 2014 y la última reunión del periodo de consultas terminó el 21 de febrero de 2013. La plataforma de distribución de CCIP tenía un *stock* suficiente para mantener el suministro hasta el día

20 de febrero⁶⁴¹. La situación de huelga prolongada detuvo completamente la producción de la planta de Fuenlabrada y, ante el riesgo de desabastecimiento de la plataforma de distribución, se hizo necesario acudir a suministros externos para completar el stock de la plataforma, pero la realidad fue otra distinta:

Es un hecho que las ventas en la zona centro, sufrieron una reducción del 48,6 % a fecha de 28 de febrero de 2014 en relación con las realizadas un año antes. En este contexto, no puede pensarse que la actuación empresarial pudo entenderse lesiva, puesto que lo que se imputa es que intentó, y consiguió, debilitar los efectos de la huelga, acudiendo a otras empresas embotelladoras, para asegurar el estocaje suficiente de productos a suministrar a sus clientes durante el desarrollo de la misma.

Es un hecho que, durante el mes de febrero de 2014 no existieron problemas de abastecimiento en la plataforma logística ni en el cliente final. La plataforma logística tenía suficiente producto almacenado para abastecer a sus clientes.

En contrario, el Tribunal afirma que se surtió el mercado con productos elaborados en otras plantas embotelladoras “a través de cauces inusuales”, utilizando indirectamente el trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga, neutralizando los efectos del conflicto y provocando una quiebra del necesario equilibrio de la negociación. Conducta empresarial que vulneró el derecho de huelga a través de la utilización del trabajo de otros empleados, puesto que, a pesar de que cada una de las embotelladoras tenía asignado su propio territorio de fabricación, distribución y venta, se surtió el mercado con productos elaborados en otras plantas embotelladoras con la finalidad y efectos de minorar las consecuencias

⁶⁴¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014) habla de “un agotamiento de existencias previsto por la propia empresa para el día 20 de febrero, situación ante la que se reaccionó por CCIP, surtiendo de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística de CCIP en Madrid” y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014) habla de una existencia de “stock suficiente para mantener el suministro durante la huelga hasta finales del mes de febrero, pero, dado que siempre había sido suministrado el producto desde Casbega, la permanencia en la situación de huelga determinaría que a partir de ese momento se producirían “roturas” de stock de algunas referencias”.

del ejercicio por los trabajadores del centro de Fuenlabrada de su derecho constitucional de huelga, provocando una desigualdad en el proceso de negociación, sin embargo:

El Tribunal de instancia manifiesta que el suministro realizado por otras empresas del grupo responde a una modificación organizativa del grupo, con el objetivo de paliar los efectos de la huelga, razón por la cual se entendería no lesionado el derecho de huelga⁶⁴².

No puede pensarse en la vulneración del derecho de huelga, a través de la indirecta utilización del trabajo de otros centros de trabajo, puesto que no existía un contrato de suministro entre la empresa de los trabajadores huelguistas y la plataforma logística para abastecer el mercado minorista, frente al criterio de la Sala. Las embotelladoras perdieron su licencia de fabricar, empaquetar, distribuir y vender el producto el 21 de febrero 2013 y, fueron renovados, a favor de un único embotellador -CCIP- donde quedaron todas integradas. Pero en momento alguno quedó supeditada la integración, al reparto por territorios de fabricación, distribución y venta del producto, era la empresa CCIP quien quedaba encargada de distribuir la producción entre plantas, siendo el proceso de reorganización empresarial anterior al calendario de movilizaciones. La forma de distribución ya estaba implantada y cada embotelladora servía a la plataforma que decidía CCIP, era algo consustancial en el proceso de reorganización empresarial.

Desde junio de 2013 las relaciones comerciales con los clientes se han asumido por el grupo, lo que se les comunicó en cartas en mayo de 2013. Los clientes tras el proceso de integración no se suministran de una sola embotelladora que era el de su zona geográfica, ahora las compras quedan centralizadas en la empresa matriz del grupo a través de un único canal de atención al cliente en Barcelona, Madrid y Sevilla

⁶⁴² *“Luego el hecho de que la plataforma logística de Madrid se suministrase por otras fábricas del grupo con motivo de la huelga implicaba una modificación organizativa del grupo, que solamente tiene como explicación la intención de paliar los efectos de la huelga”.*

y, es perfectamente lícito que durante la huelga los clientes busquen otras plataformas logísticas que les cubran los servicios prestados por la empresa en huelga y CCIP abastece las plataformas de distribución para no dejarlas desabastecidas con los medios de producción habituales. En este contexto, las empresas ya no compiten entre sí, los pedidos se hacen a la empresa matriz quien vende el producto y distribuye los pedidos entre las empresas del grupo para su fabricación.

A pesar de ello, la Sentencia declara ilícita la conducta de modificar las rutas de distribución del producto de otras embotelladoras para suministrar producto a la zona centro de la península, comportamiento *“que ha tenido como finalidad y efecto aminorar las consecuencias del ejercicio por los trabajadores del centro de Fuenlabrada de su derecho constitucional de huelga”*. Con anterioridad a la integración de las embotelladoras en CCIP, cada una de ellas cubría comercialmente el suministro de sus territorios sin interferirse en los de las otras, siendo excepcional la compra de su producto por empresas de fuera de territorio, *“sin que conste que tal situación haya cambiado todavía durante la ejecución de la integración”*. En consecuencia, el hecho de que la plataforma logística de Madrid se suministrase por otras fábricas del grupo con motivo de la huelga implicaba una modificación organizativa del grupo, con la intención de minimizar los efectos de la huelga y, por tanto, la presencia de esquirolaje sancionado por el art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997.

El reparto territorial del mercado, se rescata del informe emitido de la Comisión Nacional de la Competencia y lo hace suyo el Tribunal para justificar la vulneración del derecho de huelga. La Comisión Nacional de la Competencia realiza un informe respecto del proceso de integración de las embotelladoras atendiendo a siete consideraciones relevantes para posteriormente dar el visto bueno a la operación de *“fusión”*. El Tribunal tiene en cuenta que en el funcionamiento de las distintas embotelladoras y en la distribución de los productos se mantenía una regulación territorial específica, la letra f) del informe de la comisión dice que *“no hay incidencia sobre los clientes porque éstos se suministraban ya antes a partir de un solo embotellador, que era el de su zona geográfica, sin hacer compras a otros embotelladores”*, pero esta consideración no debe tratarse como un criterio aislado del

resto del informe, sino que debe ponerse en consonancia con el resto de criterios y en concreto con la letra c) del mismo, *“aunque todos los embotelladores que se fusionan eran competidores potenciales, porque a pesar de la distribución territorial de las licencias podían atender peticiones de ventas no solicitadas (“ventas pasivas”) procedentes de otros territorios, de hecho no se realizaban esas ventas pasivas, por lo que no había realmente competencia entre ellos de forma previa. De hecho, no existían diferencias de precios significativas entre los embotelladores en ninguno de los canales de venta”*. La conclusión debe ser otra, la Comisión Nacional de la Competencia resuelve que la integración de las embotelladoras no tendrá en el consumidor un efecto de aumento de precios u otras condiciones comerciales, sobre la base de una clara inexistencia de competencia efectiva entre las empresas embotelladoras en la actualidad, al considerar que antes del proceso de integración: a) no existía diferencia de precios significativos entre las empresas embotelladoras, en ninguno de los canales de venta; b) la gama de productos fabricados por las embotelladoras era el mismo; y c) las empresas embotelladoras no eran competidores potenciales entre ellas, cada una tenía su propio territorio asignado. Estas conclusiones no vinculan a que las empresas embotelladoras cubran el suministro de sus territorios cuando existe un proceso de concentración y reorganización de la actividad, pueden cambiarlo y por ello, es lícita la distribución de sus productos entre las diferentes plataformas logísticas, no existiendo ningún contrato de exclusividad de la empresa de los trabajadores huelguista con la empresa de distribución y almacenaje. Pues se entiende que, en ese momento, la dirección unitaria del grupo despliega toda su eficacia modificando las rutas de distribución para suministrar productos a las distintas plataformas logísticas y atender las demandas de los clientes.

La empresa matriz CCIP responde a la estructura tipo de grupo de sociedades mercantil, formada por empresas jurídicamente independientes, pero que económicamente actúan bajo una dirección única, CCIP. La empresa matriz gestiona los contratos con sus clientes, dirigiéndolos a una u otra empresas del grupo según sus propios intereses. Exigir al empresario que no utilice los medios de producción con los que cuenta en el grupo supone imponer al empresario una conducta de colaboración

no prevista legalmente. Ni *“la constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación”*. En este sentido, debe reiterarse la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo, al considerar que *“no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga(...)sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho no se ha vulnerado y ello porque el derecho de huelga “garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”, pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”*⁶⁴³. La conducta de la empresa matriz consistía en modificar las rutas de distribución del producto para suministrar a la plataforma logística el producto que había dejado de producir la empresa de los trabajadores huelguistas, pero el empresario no ha sustituido a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa, art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997 y ello, porque en ningún momento se contrataron trabajadores eventuales para incrementar la producción de la planta -esquirolaje externo-, ni se aumentó la producción de la planta -esquirolaje interno- para conseguir un stock de productos a suministrar a sus clientes durante el desarrollo de la misma. De este modo, la utilización de los medios de producción habituales de otras embotelladoras para distribuir a las plataformas que abastecía la empresa de los trabajadores huelguistas es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997, por vía analógica. Surtir de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística de CCIP en Madrid, en el supuesto que ahora nos ocupa, no constituye un daño sobre el derecho fundamental de huelga, no se ha producido sustitución del trabajo que debería haber desempeñado los huelguistas, no

⁶⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012 (Rec. 110/2011). En este sentido, deber reiterarse la doctrina contenida en las Sentencia de 04 de julio de 2000 (Rec. 7/2000), 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003).

se ha impuesto por el empresario a los trabajadores no huelguistas la realización de tareas que corresponde a los que secundaron la huelga, ni los trabajadores que no secundaron la huelga sustituyeron la producción de los trabajadores huelguistas, ni se utilizaron medios técnicos de los que no dispone la empresas para aumentar la producción, solamente, los medios habituales de producción.

Ahora bien, la unificación de la operativa del servicio de atención al cliente y su procedimiento, estableciendo tres puntos en Barcelona, Madrid y Sevilla y el hecho de que el trabajo de los trabajadores huelguistas haya sido realizado por los trabajadores de Barcelona bien podría considerarse *“esquirolaje interno”*, pero realmente, se trata de una tarea de escasa entidad como para anular o anestesiar los efectos de la huelga en la negociación. Además, en el operar diario bien podría existir un desvío de llamadas automático para distribuir entre las demás empresas del servicio de atención al cliente los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demandas. En esta hipótesis, la empresa matriz no utiliza medios técnicos no habituales para alterar la carga de trabajo coincidiendo con el periodo de huelga y alterar la negociación, sino que opera con el sistema utilizado habitualmente, cuando se producen picos de demanda o, independientemente de ello, los clientes bien pueden realizar los pedidos a las plataformas de distribución que consideren oportuno para evitar el desabastecimiento de sus establecimientos, sin anestesiar o suavizar el derecho de huelga, al no tener obligación alguna los clientes en colaborar con los trabajadores huelguistas para contribuir al éxito de la huelga.

Desde junio de 2013 las relaciones comerciales con los clientes se han asumido por el grupo, lo que se les comunicó en cartas en mayo de 2013. El servicio de atención al cliente quedó centralizado en Madrid -CASBEGA-, Barcelona-COBEGA- y Sevilla -RENDELSUR-. En la sentencia de instancia se dice que *“el servicio de atención al cliente de CASBEGA, que tramita los pedidos y que quedó paralizado por la huelga pasó a ser llevado desde el servicio de atención al cliente de COBEGA”* y, el hecho de que el trabajo de los trabajadores huelguistas haya sido realizado por los trabajadores de Barcelona bien podría considerarse *“esquirolaje interno”*, pero realmente, se trata de una tarea de escasa entidad como para anular o anestesiar los efectos de la huelga en

la negociación. Además, en el operar diario bien podría existir un desvío de llamadas automático para distribuir entre las demás empresas del servicio de atención al cliente los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demandas. En esta hipótesis, la empresa matriz no utiliza medios técnicos no habituales para alterar la carga de trabajo coincidiendo con el periodo de huelga, sino que opera con el sistema utilizado habitualmente, cuando se producen picos de demanda.

En contestación a la pregunta que se hace el Tribunal, si realmente los hechos suponen una vulneración del derecho de huelga, la respuesta debe ser negativa y no positiva como afirma el Tribunal. En resumen, porque:

Debe tenerse en cuenta que no se ha incrementado la contratación de trabajadores eventuales para incrementar la producción y, por tanto, no se la presencia de esquirolaje externo.

No se ha utilizado el trabajo de los trabajadores no huelguistas para sustituir la producción de los trabajadores en huelga y, por tanto, inexistencia de esquirolaje interno. Como consecuencia de la huelga se paró la producción en la fábrica embotelladora.

No se ha producido un aumento de la producción ni se ha producido la utilización del trabajo de otras empresas del grupo para suplir la ausencia de producción de los trabajadores en huelga durante la negociación.

El esquirolaje debería haber sido simultáneo y coincidente con el ejercicio del derecho de huelga, con lo que difícil puede quedar vulnerarlo el derecho de huelga, cuando el stock era el suficiente para abastecer a sus clientes durante el mes de febrero.

No resulta contrario al derecho de huelga la actitud del grupo de atender el abastecimiento de las plataformas de distribución y almacenamiento con los medios de producción con los que cuenta el grupo de empresas, desplegando todo el potencial de la dirección unitaria que otorga el art. 42 CC.

Con anterioridad al inicio de la huelga, la medida extintiva era conocida por la representación de los trabajadores y, por tanto, no es una medida de represalia derivada del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. La Comisión Nacional de la Competencia autoriza la integración de los embotelladores en un único embotellador, provocando solapamientos y redundancias que, derivan en un excedente de plantilla. La causa del despido es consecuencia de la reorganización empresarial y el órgano jurisdiccional el encargado de establecer la proporcionalidad de la medida, es decir, establecer la correspondencia *“entre la necesidad de reordenación y establecer la correspondencia entre la necesidad de reordenación que conlleva de manera implícita y el número de despidos que se acuerdan, pues sin esta correspondencia no podrían hablarse de extinciones causalizadas –de que todos los despidos estuvieran motivados–”*⁶⁴⁴. Cuestión que no entró a valorar el Tribunal ya que se confirmaba la declaración de nulidad por vulneración del derecho de huelga.

En estos casos, cuando el órgano jurisdiccional declarara una desproporción cuantitativa respecto al número de despidos acordado, el art. 124.11 LRJS califica el despido de improcedente. Sin embargo, el Tribunal estima la nulidad de la decisión extintiva por cuanto durante la negociación se habría convocado una huelga cuya efectividad fue anulada por la empresa de forma ilícita, mediante prácticas de esquirolaje. La nulidad sólo debería declararse cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista art. 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET, art. 124.11 LRJS.

Y queda una segunda pregunta que contestar al planteamiento que inicialmente hace el Tribunal: si, además, la vulneración del derecho de huelga interfirió en el proceso de negociación. Son hechos probados que:

Existía stock suficiente para mantener el suministro durante la huelga hasta finales del mes de febrero.

⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 1799/2013)

Las ventas cayeron en un 48,6% con respecto al mismo periodo de tiempo del año anterior, por tanto, no hubo desabastecimiento, el stock era suficiente para proveer a sus clientes durante el tiempo de ejercicio de huelga.

La semana del 14 de febrero habían entrado en la plataforma de distribución entre 5 y 6 camiones con mercancía procedentes de otras embotelladoras y, el día 18 de febrero entraron 13 camiones. La plataforma logística había distribuido un 51,4% del producto almacenado respecto a las ventas producidas en el año inmediatamente anterior a fecha de 28 de febrero de 2013, de modo que, el impacto sobre los efectos de la huelga fue inexistentes.

El día 18 de febrero la empresa mejoró las condiciones que inicialmente se habían fijado para los ceses, pero la postura inicial del cierre de la embotelladora de Madrid no se movió⁶⁴⁵.

A pesar de que las ofertas sobre las medidas propuestos inicialmente se realizaron en un tiempo muy tardío de la negociación, se redujeron el número de extinciones y extinciones y se mejoraron las condiciones económicas de los afectados por prejubilaciones, movilidad geográfica y funcional, respecto del ofrecimiento inicial. De manera que, dado el escaso tiempo que tenía la representación de los trabajadores para estudiar la nueva oferta, rechazaron la mismas sin necesidad de prolongar la negociación que bien lo podía haber solicitado, siendo obligación de ambas partes negociar de buena fe⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2014 (Proc. 13/2014). “... la negociación no ha de implicar necesariamente una reducción del alcance de la medida inicialmente propuesta por la empresa si no existen causas para ello. No puede concebirse la negociación como una puja o un mero regateo, en la cual las partes hayan de partir de posiciones que saben a priori que son desproporcionadas o no responden a la causa real, para poder aparentar movimientos de aproximación durante la negociación. Por el contrario, tal tipo de conductas serían las que pudieran ser constitutivas de mala fe negocial, si se acreditara que tienen como efecto buscado u objetivo desalentar la oposición de la otra parte y forzarla a aceptar un acuerdo ante el temor de sufrir una medida totalmente desproporcionada”.

⁶⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011).

Concretamente, la representación de los trabajadores reclamaba en el periodo de negociación información respecto del *plan industrial* para el grupo especificando las transferencias de producción previstas entre plantas, gestión de mercados, suministros a las plataformas logísticas para valorar las causas y negociar, información que fue no proporcionada, considerando que esa circunstancia era motivo de nulidad del despido. El Tribunal consideró que esa información sí era relevante, en cuanto al contenido de los datos sobre la forma de atender a la producción tras el cierre de las plantas y no fue aportado en la memoria, ni en el informe técnico, habiéndose considerado que esa circunstancia era motivo de nulidad del despido. Como dice el Tribunal “*lo relevante no es si la parte social pedía un documento plan industrial, sino el contenido informativo...especialmente el diseño de la forma de atender la producción tras el cierre*” y lo paradójico es que, el Tribunal construya un argumento de vulneración del derecho de huelga por el hecho de que la plataforma logística se suministrase de otras fábricas del grupo sobre la base que las distintas embotelladoras cubrían comercialmente los suministros de sus territorios sin interferirse en los de las otras embotelladoras y, elude pronunciarse respecto de la nulidad del expediente de regulación por falta de aportación del *plan industrial*, “*considerando ello innecesario, ya que se confirmaba la declaración de nulidad por vulneración de un derecho fundamental*”⁶⁴⁷.

3.2.2.2 Conclusión

La nulidad decretada no puede extenderse al despido colectivo que ya había sido anunciada por razones de orden organizativo, la medida extintiva es anterior al ejercicio del derecho. Lo que no significa que se haya producido “*la existencia de un derecho insatisfecho al que se trate de tutelar mediante el ejercicio de la acción*”⁶⁴⁸ y, por ello, susceptible de ser reparado cuando el daño sobre el derecho fundamental sea real y directo. No basta simplemente con que el trabajador afirme la lesión del

⁶⁴⁷ Voto particular a la Sentencia dictada en el recurso de casación número 354/2014.

⁶⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 08 de abril de 1991 (Rec. 71/1991).

derecho, “sino que ha de acreditar la existencia de indicio que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se ha producido”⁶⁴⁹. Siendo dable destacar, como datos esenciales, los siguientes:

La medida extintiva era conocida por los trabajadores antes del inicio de la huelga.

Los despidos son consecuencia de una reorganización empresarial.

La decisión inicial de despido colectivo no fue ampliada a raíz de la declaración de huelga, consta que la huelga supuso una mejora de las condiciones que inicialmente se habían fijado para los ceses, así como la disminución del número de extinciones contractuales.

Se produjo la paralización total del proceso productivo.

Durante su ejercicio, las ventas caen un 48,6 %.

Había suficiente producto en *stcok* como para abastecer a los clientes hasta la finalización de la huelga.

No se han contratado a personal eventual para cubrir el trabajo de los trabajadores huelguista, tampoco se ha incrementado la producción en las otras embotelladoras del grupo para

No se ha incrementado la contratación de trabajadores eventuales para incrementar la producción y, por tanto, no se la presencia de esquirolaje externo.

Tampoco se ha utilizado el trabajo de los trabajadores no huelguistas para sustituir la producción de los trabajadores en huelga y, por tanto, inexistencia de esquirolaje interno.

No se ha producido un aumento de la producción ni se ha producido la utilización del trabajo de otras empresas del grupo para suplir la ausencia de producción de los trabajadores en huelga durante la negociación.

⁶⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 11/2013).

En realidad, la cuestión a debatir es si la paralización del proceso productivo de la embotelladora se convierte en sí misma en un instrumento que despliega toda su capacidad para mejorar las defensas de los intereses de los trabajadores huelguistas frente a las medidas extintivas planteadas por el empresario o, por el contrario, no tiene la entidad suficiente para variar los efectos prácticos del despido colectivo.

En este contexto, el relato de los hechos probados no es expresivo de la acreditación por parte de la empresa demandada de unos hechos que conforman un panorama de vulneración del derecho de huelga y no cabe justificar los actos de distribución de la producción de las restantes embotelladoras entre las distintas plataformas logísticas como actos empresariales desproporcionados que limitan el ejercicio del derecho de huelga, cuando el recorrido de la reorganización empresarial establecida, faculta a la empresa matriz a organizar los medios de producción de las embotelladoras de la mejor forma para los intereses del grupo, no constituyendo un acto aislado del grupo ante el ejercicio de huelga, sino en el ejercicio habitual de las facultades de organización del trabajo de las empresas del grupo. En consecuencia, no cabe pensar que, quien ya había anunciado el despido colectivo de un número determinado de trabajadores por razones organizativas, el ejercicio de huelga, se convierta en un instrumento de presión hacia la empresa con la pretensión de que se retire el expediente de regulación de empleo.

Realmente, desde el principio, la representación de los trabajadores parte de una situación de desventaja respecto de la posición empresarial que no se puede enmendar en tanto en cuanto la medida extintiva trae causas organizativas y, a pesar de que el derecho de huelga está reconocido como derecho subjetivo a favor de los trabajadores para poder presionar a los empresarios en la obtención de sus intereses, la medida extintiva está justificada, siendo el derecho de huelga testimonial en los procesos de reorganización empresarial, lo que no impide la negociación para reducir las medidas que en cierto modo constituye también labor del órgano jurisdiccional velar con la proporcionalidad de la medida propuesta por el empresario y, en buena lógica, declarar la nulidad de la decisión extintiva cuando se hayan cometido irregularidades en la tramitación del procedimiento, como que el empresario no haya

realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET. Cuestión ésta última a la que no se ha pronunciado y, ello al considerar innecesario ya que se confirmaba la vulneración del derecho fundamental.

La conclusión jurídica que se puede hacer de la sentencia es que queda comprometido el derecho de huelga, ante cualquier acto del empresario, desde el momento que se impone a la empresa la obligación del deber de colaboración para el buen éxito de la huelga, la preeminencia del derecho de huelga tiene una posición superlativa respecto de la sustitución contenida en el art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997⁶⁵⁰ y, si, realmente, el empresario dentro de sus facultades organizativas, se le prohíbe hacer uso de sus facultades de dirección para organizar los medios de producción con los que dispone en el periodo de huelga⁶⁵¹, debería de existir un precepto legal que reduzca durante el ejercicio de huelga las facultades organización del empresario para contribuir al buen éxito de la huelga⁶⁵². De hecho, sostener que las facultades de organización empresarial tienen encaje en el art. 6.5 Real Decreto-Ley 17/1997, cuando ni se aumenta la producción de las factorías que no están en huelga, ni se acude a contrataciones eventuales o a una prolongación de la jornada laboral del personal no huelguista para aumentar la producción, la jurisprudencia asigna a la norma una prohibición más allá de la prohibir al empresario de sustituir a los

⁶⁵⁰ Voto particular a la Sentencia dictada en el recurso de casación número 354/2014.

⁶⁵¹ En contra, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (2015), "Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el periodo de consultas". *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número. Pág. 412. "Se trata así pues de una medida empresarial reactiva, y siendo estas de distinta naturaleza ante situaciones de conflicto, unas pueden encuadrarse dentro de las que son propias del poder de dirección, pero siempre entendiendo que éste se encuentra limitado en situaciones de normalidad, pero con más intensidad durante la huelga. La reacción empresarial tiene una naturaleza organizativa, no de represalia, pero la misma altera la negociación al neutralizar el efecto de la huelga, e incidiendo en la correlación de fuerzas que se trataba de establecer mediante el ejercicio legítimo de la huelga vaciando de contenido el derecho constitucional".

⁶⁵² DESDENTADO BONETE, A. (2015), ob. cit., p. 421." Las limitaciones de la defensa del empresario frente a la huelga forman parte de la libertad de empresa, en la medida en que se trate de actuaciones lícitas de gestión empresarial, y, por tanto, su restricción tiene que realizarse a través de disposiciones con rango de ley. El RDLRT ha introducido la limitación no solo en el art. 6. 5, sino en otros preceptos, como los relativos al mantenimiento de la relación laboral, la exclusión de sanciones disciplinarias, la conservación de derechos laborales o los objetivos del cierre patronal".

trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada, imponiendo al empresario la colaboración con los trabajadores huelguistas, limitando al empresario la defensa de sus intereses y *“ello por la propia naturaleza de este derecho y también de la libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades frente al paro”*⁶⁵³, pero la norma tampoco limitada las facultades organizativas del empresario, tan solo cuando se produce una continuación de la actividad empresarial sustituyendo a los trabajadores huelguistas por nuevas contrataciones eventuales o incrementando la producción por el personal que no secundan la huelga, pero en este caso no se da.

Ahora bien, si, la sentencia que pone fin al proceso reconoce la lesión del derecho fundamental, puede tener una triple vertiente⁶⁵⁴: a) el cese inmediato del comportamiento; b) la reposición de la situación al momento anterior al producirse el mismo y, c) la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera⁶⁵⁵. La lógica consecuencia de la vulneración del derecho fundamental en este caso, no conllevaría a restablecer la situación alterada por vulneración del derecho, más bien a condenar al empresario a reparar los daños producidos a los trabajadores afectados. El despido no ha constituido respuesta a la declaración de huelga, es consecuencia de un proceso de integración.

En coherencia con lo expuesto, debe entenderse que no todos los actos del empresario comprometen la vulneración del derecho de huelga, solo aquellos *“desproporcionados o drásticos que puedan limitar el ejercicio del derecho de huelga bajo el pretendido amparo de las facultades organizativas del empleador, las que, por la preeminencia del derecho de huelga, quedan reducidas durante el ejercicio de éste”*⁶⁵⁶, pero en ningún momento se debe limitar el derecho del empresario en la

⁶⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de diciembre de 2012 (Rec. 265/2011).

⁶⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de octubre de 2001 (Rec. 49/2001).

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993 (Rec. 3354/1992).

⁶⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rec. 11/2013).

facultades de organización, a excepción, de la utilización de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga.

Capítulo 5º: La incidencia del grupo empresarial en materia procesal

El mayor problema que se ha planteado en relación con los grupos ha sido el tratamiento de la persona jurídica. Si se parte de la base de que el grupo de empresas se caracteriza por la unidad de dirección y la independencia jurídica de sus miembros, el grupo no puede considerarse como una unidad de empresarial o económica. Así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial definiendo el grupo como *“el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”*⁶⁵⁷, manteniendo la independencia jurídica de sus miembros como centros de imputación específicos en la relación laboral.

Ahora bien, los grupos de sociedades preservan su naturaleza económica como sociedades de capital que son, lo que no impide que en ocasiones su actuación pueda producir cambios en el esquema de funcionamiento del contrato⁶⁵⁸. Se trata de situaciones, como hemos visto a lo largo de este estudio, en las que alguna o varias empresas asumen la condición de empresario —prestación de trabajo indistinta o

⁶⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). En el mismo sentido, la doctrina científica, entre 1, CAMPS RUIZ, L.M. (1986), ob. cit., p.26. DESDENTADO DAROCA E. (2006), ob. cit., p. 468 y ss. PAZ ARES, C. (1999). “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica”, en AA.VV (URÍA-MENÉNDEZ), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I. Civitas. Pág. 527 y ss.

⁶⁵⁸ DESDENTADO DAROCA E. (2006), ob. cit., p. 536.

común para las empresas del grupo— o situaciones donde todas las empresas del grupo asumen la responsabilidad solidaria —confusión plantillas— y, en aquellas situaciones donde el las sociedades intervinientes constituyen un ámbito funcional donde valorar la relación laboral del trabajador⁶⁵⁹. En estos casos es un error pensar que el grupo actúa como un único empresario, pues para que haya un grupo debe existir necesariamente una pluralidad de sociedades jurídicamente independientes, aunque económicamente subordinadas a una dirección única. El hecho de que varias empresas lleven a cabo una política económica de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales, “es un supuesto de pluralidad en la posición empresarial o de varios empresarios que mantienen relaciones entre sí, pero no estamos ante un contrato laboral con un grupo sin personalidad”⁶⁶⁰.

En este contexto, la articulación procesal de la acción de extensión de responsabilidad a otras empresas del grupo plantea un problema en el ámbito procesal y es; a) frente a quien plantear la demanda y; b) como se concreta la extensión en la ejecución la extensión de la responsabilidad.

1 El grupo de empresas como parte en un procedimiento laboral

1.1 Legitimación

Abundando en la idea anterior, si el grupo es un ente sin personalidad jurídica, no puede éste ostentar la condición de empresario y, por tanto, ser parte en el proceso. Sin embargo, esta cuestión no es del todo pacífica y para nada ayuda la redacción de art. 16.5 LRJS.

⁶⁵⁹ Cuestión distinta es la utilización desviada del instituto jurídico de la personalidad jurídica en el marco de una conducta estratégica -concentración de trabajadores en empresas más frágiles, descapitalización de empresas, desviaciones patrimoniales-. Tales actuaciones antijurídicas han de reconducirse a la figura del abuso de la personalidad jurídica.

⁶⁶⁰ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p.39.

El preámbulo de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción social establece que: “el Título II contiene las normas relativas a las partes procesales. El Capítulo I regula los requisitos de capacidad y legitimación procesal. En los arts. 16 y 17, en materia de capacidad y legitimación, se mantienen las normas generales previstas en la legislación anterior y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, realizando los ajustes necesarios para prever la capacidad y legitimación procesal en el caso de aquellos actos o negocios que se atribuyen «ex novo» a esta jurisdicción. Además, en coherencia con lo previsto en los arts. 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora se atribuye legitimación pasiva a las comunidades de bienes y grupos sin personalidad que actúan como empresarios, con el objetivo de garantizar la existencia de un sujeto susceptible de ser demandado por los trabajadores en caso de que sea necesario”. Del contenido de la norma parece no existir inconveniente en admitir que el grupo pueda comparecer en un proceso laboral como parte demandante o demanda por medio del sujeto que asuma “la organización, dirección, o gestión de aquella unidad patrimonial sin personalidad”, art. 16.5 LRJS.

No obstante, la jurisprudencia civil ha negado la existencia de personalidad jurídica de los grupos, concluyendo que *“a) la existencia de un grupo de empresas como realidad fáctica, no se traduce en la creación de una nueva persona jurídica; b) La relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, no implica, por sí, caso de que una de éstas sea arrendataria de un local, un cambio subjetivo en la relación arrendaticia; c) Si existiere abuso de personalidad jurídica, o se hubiese acudido a un fraude para eludir una norma, bajo la aparente cobertura de otra, esos antijurídicos procedimientos serán encajables en las instituciones del abuso del derecho, o del fraude de ley, con la necesaria prueba de la existencia de un daño y la inmoralidad de ese daño”*⁶⁶¹. En el caso de la jurisprudencia laboral, al abordar el problema de la determinación del sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades propias de la condición de empresario ha admitido la independencia jurídica de sus miembros,

⁶⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1988 (Sentencia 774/1998).

conforme a la cual, por todas, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”⁶⁶².

Sin embargo, es aceptable para MOLINER TAMBORERO ⁶⁶³ y EMBID IRUJO⁶⁶⁴, admitir que el grupo de empresas comparezca como único demandante o como único demandado a través del representante de grupo, pero, presenta inconvenientes en algunos casos para MOLINER TAMBORERO. Para este autor, si el trabajador demandante presta servicios para la dirección real del grupo carente de personalidad y no en una de las concretas entidades que lo integran, en tal situación habría que demandar a ese grupo sin personalidad para el que trabaja, “supuesto en el que nos encontraríamos ante un caso igual al que se produce cuando se demanda a una comunidad de bienes sin personalidad”⁶⁶⁵. El inconveniente para el autor es que, condenado el grupo, si la organización demandada carece de bienes propios difícilmente no podría ejecutarse la sentencia. Para este autor, este escenario no es el habitual. Lo normal es que el grupo esté integrado por diversas personas jurídicas y que el trabajador este vinculado a una de las empresas integrantes del grupo. En tales situaciones, se cuestiona si la demanda habrá de imponerse frente al grupo sin personalidad, conjuntamente frente a todas y cada una de las empresas que lo integran y son responsables solidarias -litisconsorcio pasivo necesario- o únicamente frente a la empresa que formalmente aparece como empleadora con ella el contrato

⁶⁶² Esta doctrina parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990, Sentencia 09 de mayo de 1990, Sentencia de 10 de junio de 2008, Sentencia de 25 de junio de 2009, Sentencia de 23 de junio de 2012 citada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012).

⁶⁶³ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 86.

⁶⁶⁴ EMBID IRUJO, J.M (1985). “Caracterización jurídica de los grupos de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I. Pág. 27. En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RE, F. (1990). “Comentario al art. 16 LPL”, en AA. VV., *Ley de procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al R.D Legislativo 521/90, de 27 de abril*. Pág. 84. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERON, B., CAVAS MARTÍNEZ, F., LUJAN ALCARAZ, J., (2014), *Curso de procedimiento Laboral*. Tecnos. Pág. 151.

⁶⁶⁵ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 86.

de trabajo. Nada impide demandar en estos casos a la empresa matriz, ahora bien, el autor subraya que “al grupo como tal, salvo el supuesto de que no se trabaje para ninguna persona concreta, carece totalmente de interés demandarle en cuanto que, en principio no es nada sin la empresa o entidades que lo integran”⁶⁶⁶. En consecuencia, aunque pudiera entrar el grupo como parte legitimada en el proceso de nada serviría si no se demandan a todas las empresas que el demandante señale además de como integrantes del grupo, como directamente relacionadas con el tema de fondo debatido.

En cambio, MONTERO AROCA⁶⁶⁷ considera que dentro de los grupos que plantea el art. 16.5 LRJS se incluyen los grupos de trabajadores del art.10.2 ET, pero añade que el verdadero problema consiste en determinar si el precepto está decidiendo algo más amplio, dotándoles de legitimación procesal para la defensa de sus intereses, conforme el art. 7.3 LOPJ. Sin embargo, el autor entiende que, en este caso, los intereses colectivos ya están defendidos por los sindicatos y los órganos de representación unitaria y, en consecuencia, hay que descartar que la norma se refiera a los grupos de empresa. Para GIL SUÁREZ⁶⁶⁸, la noción de grupo de art. 16.5 LRJS se limita única y exclusivamente a los grupos de trabajadores del art. 10.2 ET. El autor considera que trasladar esta previsión a cualquier otra agrupación de personas no sería razonable, pues de esta forma se consagraría jurídicamente la actuación en el proceso de alguien que no existe.

En línea con el planteamiento de MONTERO AROCA, la pregunta en cuestión es si ha existido un mandato al legislador para dotar al grupo de legitimación en todo tipo de

⁶⁶⁶ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 91.

⁶⁶⁷ MONTERO AROCA, J. (1993), “Comentario al art. 16 de la LPL”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, I. Pág. 129 y ss. CAMPS RUIZ, L.M. (1986), ob. cit., pág. 26. BAZ RODRÍGUEZ, J. (2002), ob. cit., p.209 y ss.

⁶⁶⁸ GIL SUÁREZ, J.L (1990), “Las partes procesales. Capacidad y legitimación procesales”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral* (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), tomo XIII, volumen 1º. Edersa. Pág. 238 y 239.

procesos en los que puedan verse implicados en concordancia con lo dispuesto en el art. 7.3 LOPJ.

De primeras, el grupo no es un instrumento de representación y defensa de intereses comunes. Son sociedades independientes que mantienen la titularidad de su patrimonio y actúan económicamente bajo una dirección unitaria. No obstante, podría pensarse que, aunque sus intereses no son los mismos, el sometimiento al interés social del grupo bien pudiera conformar la existencia de intereses comunes convergentes. Sin embargo, no está en la formación del grupo crear una defensa de los intereses legítimos del colectivo a través de la agrupación empresarial, sino todo lo contrario, en mantener las esferas de actuación y responsabilidad de las sociedades intervinientes plenamente autónomas.

De hecho, la actuación en el proceso depende de la capacidad en sentido civil, pues “podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles”, art. 16.1 LRJS y, en esta dirección, el art. 6.1. 5º LEC atribuye un mandato al legislador ordinario para que prevea las formas concretas para que estos intereses puedan ser defendidos.

En momento alguno, la norma procesal laboral ha regulado directamente la capacidad procesal de los grupos para ser parte, sino que la presupone a través de quienes aparezcan, de hecho, o de derecho, como organizadores, directores o gestores de los mismos o, en su defecto, como socios o partícipes de los mismos, reconociendo indirectamente capacidad a los grupos de empresas. Sin embargo, la norma procesal ha olvidado que no es intención de las sociedades intervinientes del grupo la creación de un ente formado por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales al servicio de un fin determinado, aun cuando la norma acepta al ente no personificado, art. 16.5 LRJS

En mi opinión, el legislador ha tomado nota de la relevancia de los grupos de empresas como grupos sociales organizados y ha arbitrado su capacidad para ser parte en el proceso. Se trata de una postura discutible, porque no responde a las previsiones contenidas en la base quinta, de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral 7/1989, de

12 de abril que reconoce a las personas físicas o jurídicas la capacidad procesal para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, pero en momento alguno a los grupos de empresas. La Ley de Bases reconoce y atribuye una legitimación a los sindicatos y asociaciones empresariales para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. En este sentido, esta ley le atribuye especial relevancia a la participación institucional de los representantes de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, siempre que cualquiera de ellos invoque y acredite un interés legítimo⁶⁶⁹. Los grupos de empresas no son un instrumento de representación y defensa de intereses concretos de una generalidad, sino todo lo contrario. De ahí que se descarte que la norma se refiera a los grupos de empresas como organizaciones de representación unitaria, porque no lo son. En momento alguno, al grupo le queda reconocida legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos, ni se le reconoce de capacidad para ser parte en el proceso.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, no se puede admitir que el grupo de empresas comparezca como único demandante o único demandado en un proceso jurídico laboral, al carecer de capacidad para ser parte en el proceso.

⁶⁶⁹ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 336. “La base quinta de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989, relativa a la capacidad procesal, no incluía ninguna referencia a la comunidad de bienes, por lo que, esta cuestión, la regulación del Gobierno excedió de los límites de la delegación del art. 82 CE. El exceso en el ejercicio del poder legislativo delegado constituye per se una infracción de lo dispuesto en el art. 82 CE, de forma que la norma ultra vires resulta ser, por esa razón inconstitucional”.

En contrario, MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 3-84. “...a pesar de que es cierto que no existe referencia alguna en la Ley de Bases a las comunidades ni a los grupos sin personalidad, razón por la que algún autor se ha cuestionado la legalidad de la misma, entiendo que de ello simplemente ni puede deducirse que haya incurrido en “ultra vires”, si se tiene en cuenta por una parte que el Estatuto de los trabajadores en su art. 1º, como ya era tradición en nuestro derecho laboral desde la Ley de Contrato de 1944 (art. 1º), atribuye la condición de patrono a quien la ostente en realidad con independencia de que tenga o no personalidad jurídica, y que el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce legitimación para la defensa de sus intereses tanto a las corporaciones o asociaciones como a los grupos sin personalidad, con lo que se podría hablar de una “ultra vires” en términos formales pero no en términos de ilegalidad material...”.

2 Acciones declarativas

La consideración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial, actúa de premisa previa a la hora de establecer las acciones y procedimiento adecuados que pueden surgir en el ámbito de las relaciones laborales del grupo de empresas. La cuestión es sí, un proceso laboral puede tener como única pretensión la declaración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial con características patológicas desde el punto de vista laboral.

En la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, el art. 71.4, señalaba que la demanda contenía, entre otros requisitos, la súplica donde se debía de incluir una concreción de condena, sin perjuicio de la que se fijase en conclusiones de definitivas. Esto llevó a pensar que *“el derecho laboral por razones prácticas de economía procesal, ligadas en definitiva a la mejor defensa de los derechos de los trabajadores, no autorizaba el ejercicio de acciones meramente declarativa. Si bien, al no estar éstas tampoco expresamente prohibidas, la jurisprudencia fue rellenando este vacío o punto oscuro sosteniendo el criterio de que, aun cuando sean más frecuentes en el proceso laboral las pretensiones de condena, cabe admitir también las meramente declarativas”*⁶⁷⁰ por imperativo de la tutela judicial efectiva⁶⁷¹, dado que el art. 24.1 CE impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva. En consecuencia, estaba claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente de las acciones declarativas⁶⁷².

⁶⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de julio de 1991 (Rec. 760/1990).

⁶⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 08 de abril de 1991 (Sentencia 71/1991). *“...lo cierto es que la restrictiva dicción del art. 71.4 del Texto refundido de 1980 no ha impedido -ni, como se acaba de decir, podría haberlo hecho- la existencia de acciones declarativas en el proceso laboral. De un lado, porque algunos de los procesos especiales tipificados en la legislación procesal laboral se refieren a pretensiones de carácter declarativo (conflictos colectivos, clasificación profesional). De otro, y, sobre todo, porque, como ya se señaló en STC 39/1984, la propia jurisprudencia ordinaria ha sido consciente de la necesidad de dar viabilidad a este tipo de acciones por imperativo de la tutela judicial efectiva”*.

⁶⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1992 (Sentencia 210/1992).

Sin embargo, la nueva norma procesal, dispone que la demanda contendrá, entre otros requisitos, la súplica correspondiente, en los “*términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada*”. El legislador dota de un contenido más genérico al suplico de la demanda conforme a la nueva redacción del art. 80.1.d) LRJS, frente a la exigencia de concreción de la condena de antiguo art. 71.4 de la Ley de Procedimiento Laboral. Tal previsión admite la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en la que la parte demandante tan solo pretenda que el Tribunal declare la existencia de un derecho sin pronunciamiento condenatorio alguno.

No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues la acción declarativa no puede plantearse sobre cuestiones “no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor...es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no solo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción... se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera *litis*, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo”⁶⁷³. Conforme a la doctrina citada, la declaración del grupo de empresas habría de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita.

En este contexto, la consideración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial, actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que la decisión empresarial se ha ajustado a las exigencias legales de la norma laboral. Lo primordial es que se produzca por el órgano jurisdiccional una declaración precedente que actuara como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse. En este contexto, es dudoso que pueda aceptarse la acción meramente declarativa de que una determinada empresa pertenezca a un grupo, sino como una cuestión previa a resolver del órgano jurisdiccional sobre la base de la demanda

⁶⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 08 de abril de 1991 (Sentencia 71/1991).

presentada⁶⁷⁴. Evidentemente, tal declaración es un *prius* sin sustantividad procesal⁶⁷⁵ que constata una situación jurídica preexistente, dotándolo de certeza jurídica que “*convierten en no deseable ni útil el ejercicio de acciones meramente declarativas que, en cuanto tales, podrían obligar a un nuevo proceso de concreción de condena*”⁶⁷⁶ cuando no están subordinadas a la concurrencia de un interés real, concreto y efectivo de protección⁶⁷⁷. Por cuanto, el ejercicio de la mera acción declarativa del grupo de empresas no es algo que puede estar a la libre voluntad de las partes, sino que se cumple adecuadamente con tal modalidad cuando el grupo constituya el ámbito funcional unitario donde valorar la relación laboral del trabajador o, como centro de imputación de responsabilidades por las obligaciones contraídas por cualquier sociedad interviniente en el grupo de sociedades⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p.121.

⁶⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de febrero de 1998 (Rec. 1676/1997). “*Desde luego, tal declaración es un «prius» sin sustantividad procesal de la pretensión ejecutiva, que no puede separarse del interés actual, concreto y efectivo digno de protección (SSTC núm. 39/1984, de 15 marzo, 71/1991, de 8 abril y 20/1993, de 18 enero), que es restañar la lesión de la obligación ejecutoria*”.

⁶⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1984 (Rec. 228 y 229 de 1982). “*...que, en cuanto tales, podrían obligar a un nuevo proceso de concreción en condena con la consiguiente reducción de la efectividad de los principios que, encaminados a la tutela del trabajador, rigen el proceso laboral y se manifiestan, de un lado, en la exigencia de una mayor celeridad, economía e intervención del juez en el proceso, y, de otro, en una minoración del principio dispositivo en virtud de la mayor presencia del interés público en los intereses tutelados en el proceso*”.

⁶⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 29 de noviembre de 2016 (Rec. 676/2015). “*1ª) “a La existencia de una verdadera controversia: “Por ello, se entiende que no pueden plantearse “cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera “litis”, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo” “(sentencia de 6 de marzo de 2007 -rec. 4163/2005). Esta doctrina se reitera en las sentencias de 26 de junio de 2007 (rec. 856/2006), 18 de julio de 2007 (rec. 1798/2006), 7 de noviembre de 2007 (rec. 2263/2006), 27 de noviembre de 2007 (rec. 2691/2006) y 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007 -casación ordinaria-), por citar sólo las más recientes. 2ª) “b) La concurrencia de una necesidad de protección jurídica: Se precisa de la “existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción “(sentencias de 18 de julio de 2002 -rec. 1289/2001 [casación ordinaria]-, 30 de enero de 2006 -rec. 183/2005 - y 20 de septiembre de 2006 -rec. 81/2005 -)”*”.

⁶⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 252/2014). “*La aceptación de las acciones declarativas en el ámbito laboral se ha vinculado a la constatación de la existencia de un conflicto o controversia jurídica que les sirvan de base*”.

Aunque esta consideración puede considerarse la más normal, para MOLINER TAMBORERO⁶⁷⁹, nada impide pensar en supuestos en los que la simple declaración de pertenencia a un grupo tenga trascendencia en la esfera jurídica del interesado. En el supuesto de admitirse tal pretensión como procedente el procedimiento adecuado para resolverlo, tramitándolo por la vía del procedimiento colectivo si se planteara por quienes tienen reconocida legitimación para ello y se planteara como un problema de interpretación de norma estatal o colectiva. En momento alguno, la declaración o no de la unidad empresarial puede plantearse como un problema de interpretación de una norma estatal o colectiva, cuando se ejercitarán demandas que incidieran sobre los derechos individuales de forma directa. El conflicto colectivo como tal presupone que la controversia puede ser solventada aplicando una norma jurídica, *“pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la Ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación, bien a través de la supresión, la adición, la reducción o la sustitución por otro del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación”*⁶⁸⁰. De tal manera, la presencia de valoraciones individuales impide darle el tratamiento del art. 153 LRJS cuando la relevancia del grupo de empresas esta conecta en la mayoría de las ocasiones con conductas abusivas o fraudulentas, en los que cada uno de los interesados pueden tener argumentos propios para defender su concreto derecho. En estos casos, el procedimiento de conflicto colectivo no resulta adecuado, no sólo porque tenga por objeto en la demanda un interés individualizable, que también, sino porque atentaría a su propio derecho de la tutela judicial efectiva. Lo importante en estos casos no es si se

⁶⁷⁹ MOLINER TAMBORERO, G. (1985), ob. cit., p. 94-95.

⁶⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 (Rec. 107/2008).

puede o no configurar como una única empresa el grupo, sino si la estructura grupal, aún siendo lícita ha podido perjudicar al trabajador. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (Rec. 139/2005), en el mismo sentido ha declarado la inadecuación del proceso de conflicto colectivo para determinar si una empresa de un grupo es independiente sin que concurran los requisitos que permitan apreciar unidad de empresa, *“sin perjuicio de que sea preciso el análisis de la pretensión y en concreto la determinación de si existe o no un grupo de empresas”*, pero si es adecuado el proceso colectivo para determinar cuál es en convenio aplicable a la empresa.

3 El litisconsorcio

El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE, obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos titulares de la relación jurídico material controvertida bien, porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal⁶⁸¹ bien, porque la resolución del mismo pueda afectarle.

*“El litis consorcio pasivo necesario no aparece previsto en realidad como una de las excepciones dilatorias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en esta materia ha de jugar como supletoria en la procesal laboral. Pero la existencia del litisconsorcio implica, si la demanda no se ha dirigido contra todos los litisconsortes, un defecto legal en el modo de proponer aquélla, que es la excepción contemplada en el art. 533.6 LEC -hoy el 416.5 LEC-”*⁶⁸². Esta excepción tiene escaso recorrido en el ámbito de la jurisdicción social, porque el art. 81.1 LRJS en relación con el art. 80 LRJS, atribuye al secretario judicial competencias para ordenar la subsanación *“de toda clase de defectos procesales que puedan resultar de la demanda en el momento de la presentación de la misma, ya respondan a omisiones, imprecisiones o defectos en ella, falta de capacidad o*

⁶⁸¹ Art. 23.1 LRJS. *“El Fondo de Garantía Salarial, cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones”* o, el Ministerio Fiscal en todos los casos previsto en la Ley.

⁶⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 07 de marzo de 1990 (Sentencia 336/1990).

*representación, inadecuación, con eventual transformación de oficio del proceso seguido según el procedimiento que deba seguirse, litisconsorcio pasivo necesario o cualquier otra causa obstativa de orden procesal, según la práctica habitualmente seguida desde antiguo en el proceso social*⁶⁸³ y, si examinada la demanda, el letrado de la Administración estima que puede no haber sido dirigida contra todos los afectados, citará a las partes para que comparezcan ante el órgano judicial a una audiencia preliminar en el que éste, oyendo a las partes resolverá en el mismo acto sobre la posible situación de litisconsorcio pasivo, art. 130 LRJS⁶⁸⁴. Ello obliga al Tribunal a preservar el principio de contradicción y derecho a la tutela judicial efectiva para evitar la indefensión de quienes deban ser llamados al proceso como parte, no se trata de una mera facultad, sino una auténtica obligación legal del órgano judicial para la correcta configuración de la relación jurídico-procesal⁶⁸⁵, rechazando el legislador cualquier excepción formulada con finalidad dilatoria que perturbe el deber de buena fe procesal, art. 75.1 LRJS.

3.1 El litisconsorcio pasivo no necesario

Ha quedado claro que el grupo no puede ser empresario, pues como ente no tiene atribuida personalidad jurídica alguna, al margen de la consideración del mismo como un centro de tomas de decisiones que influye en las del resto de las empresas del grupo; manteniendo la independencia jurídica de sus miembros como centros de

⁶⁸³ Exposición de Motivos de la LRJS.

⁶⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (Rec. 4165/2003). “...y si en ese momento le ha pasado inadvertido el defecto deberá, en el momento en que tome conciencia de él o le sea señalado por las partes, anular las actuaciones para que se subsane la demanda y se constituya correctamente la relación jurídico-procesal. La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otros términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte.”

⁶⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2019 (Rec.191/2017).

imputación de responsabilidades, sobre las que van a recaer las consecuencias económicas de la extinción de contratos y las exigencias del procedimiento.

En estos casos, en los que se invoca la existencia de un grupo de empresas, la cuestión a dilucidar es si resulta necesario demandar a todas las sociedades del grupo que puedan estar afectadas por ese vínculo o bien, la demanda sólo se dirige frente a la empresa con quien el trabajador tiene la relación laboral.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2014 (Rec. 114/2013). La sentencia conoce de la impugnación de un despido colectivo al entender que se omitió en el periodo de consultas la existencia de un grupo laboral y con ello la necesidad de que la causa económica fuese valorada en común, pero no se pretendía la condena solidaria de las otras integrantes. La parte recurrente sostiene que no cabe declarar la existencia de grupo de empresas sin que se hubiera convocado a juicio a las demás personas jurídicas a las que alcanza la declaración. Para el Tribunal se produce en la empresa que invoca la excepción procesal una confusión entre la institución del litisconsorcio y los razonamientos de fondo por los que se concluye con la nulidad del despido por existir un grupo laboral de empresas. La medida extintiva fue adoptada exclusivamente por la demandada y lo que la parte alega es que la demandada no podía llevar a tal decisión en la forma que lo hizo porque formaba parte de un grupo de empresas cuyas características exigían que la causa se perfeccionara en el grupo. No se postulaba la condena solidaria de las demás mercantiles del grupo y, de haberse pretendido, hubiera sido necesaria la llamada al proceso del resto de las mercantiles.

El Tribunal considera que la aparición del grupo tiene carácter prejudicial para determinar si la empresa demandada actuó adecuadamente al llevar a cabo el proceso de negociación del periodo de consultas y si, en definitiva, podía acogerse a las causas invocadas. En este sentido la consideración de que la empresa forma parte de un grupo empresarial con características patológicas desde el punto de vista laboral actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que la empresa no actuó adecuadamente al llevar a cabo el proceso de negociación del periodo de consultas. La

empresa escondió fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, por cuanto formaba parte de un grupo de empresas laboral y, en consecuencia, debió haber proporcionado la información necesaria del grupo para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas. Pero ello no implica que sea necesario llamar al proceso a ninguna otra persona jurídica porque, siendo nulo el despido, habrá de retornarse a la situación anterior al despido.

En cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de junio de 2014 (Rec. 546/2013), en un supuesto de despido objetivo individual en que se invoca la existencia de un grupo laboral de empresas con demanda dirigida solamente frente a quien es titular de la relación laboral, aprecia de oficio litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal considera que la limitación de la condena a la empresa que formalmente se presenta como único empresario no justifica la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario para las empresas componentes del grupo, ya que, a su juicio, no cabe declarar la existencia del grupo de empresa sin que se hubiese llamado a juicio a las demás empresas que se consideren miembros de aquel.

Para el Tribunal el litisconsorcio pasivo necesario obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material que da soporte al litigio, de modo que han de ser llamadas a juicio todas las personas que vengan vinculadas con el objeto de la controversia, haciendo así efectivo el principio de tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE. Para la resolución no cabe pedir declaración de grupo empresarial como presupuesto de la condena sin demandar a todas y cada una de las sociedades componentes del grupo, salvaguardo así que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitando que se dicten fallos contradictorios sobre un mismo asunto.

Para el autor MOLINER TAMBORERO⁶⁸⁶, la problemática es simplemente procesal. Lo que se exige es que si la demanda se dirige contra alguien ese alguien sea llamado al

⁶⁸⁶ MOLINER TAMBORERO, G. (1985), ob. cit., p. 88-89.

proceso. Según el autor la parte actora que formule cualquier pretensión contra un grupo de empresas habrá de decidir contra cuál de las empresas integrantes del grupo interpone la demanda -incluso contra el grupo⁶⁸⁷-, con independencia que luego sean condenadas o no. En la práctica, las sociedades demandadas solo podrán alegar la falta de legitimación si no pertenecen al grupo y, tampoco podrá alegar falta de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de no haber sido demandas otras supuestas empresas integrantes de aquel, a salvo que en la demanda se hubiera pedido o alegado algo que pudiera afectarles. Para MOLINER la solución más apropiada no parece que sea interponer la demanda exclusivamente frente al grupo como tal, sino dirigirse a alguna o todas las empresas que integran el grupo. El autor considera que el propio art. 1144 CC elimina el litisconsorcio pasivo necesario al señala que *“el acreedor puede dirigirse contra cualesquiera de sus deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”*. Lo normal será dirigir la demanda contra todas las empresas integrantes del grupo, pero no es necesario hacerlo, cuando el actor considere que tendrá problemas en la ejecución de la condena al haber demandado a empresas insolventes o inactivas del grupo.

DESDENTADO DAROCA y DESDENTADO BONETE⁶⁸⁸, reconoce que es posible demandar solo a una de las empresas, aquella que formalmente se presenta como titular de la relación laboral, vinculando el pronunciamiento solo a la empresa demandada o ampliar la demanda a todas o algunas de las empresas del grupo a las que se les atribuye la condición del empresario e interese la extensión de la responsabilidad dentro del grupo o se pretenda establecer, *“de manera total o parcial, una posición empresarial compartida de las empresas del grupo”*. Los autores

⁶⁸⁷ MOLINER TAMBORERO, G. (1985), ob. cit., p.86-87. “Entre los inconvenientes por esta opción se aprecia que una futura ejecución sólo podrá instarse frente al grupo sin personalidad y puede suceder que no pueda llevarse a cabo la ejecución porque no tiene bienes propios a su nombre. Parece que en tales casos sería necesario, cuando menos, demandar a la entidad para la que se prestaban servicios. Además, estando el grupo formado por varias entidades con personalidad jurídica, lo lógico sería que el demandante antes de dirigirse al grupo como tal demandase a una, algunas o todas las entidades que lo integran”.

⁶⁸⁸ DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), ob. cit., p. 51.

consideran que si la sentencia solo produce efectos entre las partes, “es obvio que quien no ha sido demandado ni condenado en aquélla no podrá ser afectado por la misma”⁶⁸⁹. De esta forma se reconoce la existencia de un litisconsorcio pasivo voluntario. En estos casos, los actores podrán demandar a todas las empresas a las que atribuyan la condición de empresario, pero pueden optar por demandar a una o varias de las empresas integrantes del grupo, pero el pronunciamiento de la sentencia solo producirá efectos entre la parte del proceso, sin afectar al resto. Ahora bien, el grupo como tal no puede ser parte en el proceso.

En cambio, GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁶⁹⁰ admite que, teniendo en cuenta que la jurisprudencia⁶⁹¹ ha permitido de forma expresa la legitimación de un grupo de empresas laboral o patológico para iniciar el proceso de despido colectivo respecto a todas las sociedades que lo integran, el examen de la concurrencia de las causas debe atender a la totalidad de las empresas integrantes del grupo y “parece lógico exigir la presencia en el proceso de todas las sociedades ya que en realidad forma una unidad empresarial a efectos sustantivos y procesales”.

Si se revisa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2014 (Rec. 114/2014) anteriormente mencionada, la parte actora impugna el despido colectivo porque se omite en el periodo de consultas la existencia de un grupo laboral y con ello la necesidad de que la causa económica fuese valorada en común. En ningún momento se persigue la condena solidaria de las empresas integrantes del grupo, tan solo tiene transcendencia el control judicial de la decisión empresarial para la justificación de las causas que dieron lugar a la extinción de los contratos de trabajo. La consideración de

⁶⁸⁹ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.546.

⁶⁹⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2015), “Aspectos procesales sobre los despidos colectivos en la doctrina del Tribunal”. *Revista Aranzadi Doctrina*, número 5/2015. BIB 2015/1325.

⁶⁹¹ El autor hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 26 de marzo de 2014 (Rec.158/2013) con Voto Particular y, a la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de junio de 2014 (Rec.165/2013).

que la empresa forma parte de un grupo empresarial, presentando características patológicas desde el punto de vista laboral, actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que el procedimiento de despido colectivo se ha ajustado a las exigencias del art. 51.2 ET y el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio.

En este contexto, no es necesario que la relación jurídico-procesal este constituida con todas las personas que en atención a su situación o vínculo pueden quedar afectadas. En contra, la parte recurrente sostiene que no cabe declarar la existencia de grupo de empresas sin que se hubiera convocado al juicio a las demás personas jurídicas a las que alcanza la declaración, conforme el art. 12.2 LEC, que impone que *“cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”*. Sin embargo, se produce en el motivo una confusión entre la figura de la legitimación y del litisconsorcio, que constituyen instituciones jurídicas distintas. La primera⁶⁹² se identifica con un proceso determinado y lo que ha de resolverse es quien está habilitado para formular la pretensión y contra quién ha de dirigirse para que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo, estimando o desestimando aquella pretensión. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio a todos aquellos que sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien sea por disposición legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídico material que da soporte al litigio⁶⁹³.

⁶⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 28 de febrero de 2002 (Rec. 3109/1996). “Consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido”.

⁶⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 16 de julio de 2004 (Rec. 4165/2003).

En todo momento, la declaración de la existencia del grupo constituye una cuestión previa a resolver en el procedimiento para determinar si la empresa ha actuado adecuadamente conforme a su dimensión empresarial. En el caso estudiado, no se pide una condena, sino la consideración del grupo como un centro de imputación de normas jurídicas en el ámbito laboral. El hecho que la empresa forme parte de un grupo empresarial desde el punto de vista laboral obliga a ésta a actuar adecuadamente conforme su verdadera dimensión empresarial. De esta forma, se reconoce al grupo como una unidad empresarial donde valorar determinadas conductas y aplicar ciertas reglas, independientemente presente ciertas características patológicas desde el punto de vista laboral.

De pretenderse la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo, es suficiente con que se demande a la titular de la relación laboral y, en el caso de resultar condenada, se podrá repetir contra las demás conforme al art. 1145, párrafo segundo del CC⁶⁹⁴. Piénsese por ejemplo en los casos de responsabilidad plural, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades. En estos casos surge entre los intervinientes la figura de la

⁶⁹⁴ Este es el criterio que ha estado aplicando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los casos de vicios de ruina en la edificación. Como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 03 de julio de 2009 (Rec. 584/2008), *“es preciso demandar a todos los sujetos, cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte...excepto en el caso de dilucidarse una responsabilidad solidaria, en que basta que sea demandado uno de los agentes constructivos, como ha ocurrido en este caso, donde es preciso constatar cual era la vinculación jurídica entre ambos sucesivos dueños de la obra y promotores de la misma, coincidiendo plenamente en sus derechos e intereses la inicial Cooperativa de Viviendas y la actual Comunidad de Propietarios. Desde el punto de vista de la constructora, es suficiente con que se le demande a ella solamente, porque la responsabilidad es solidaria y en el caso de resultar definitivamente condenada, podrá repetir contra los demás agentes constructivos, en su caso, conforme al artículo 1145, párrafo segundo del CC , por lo que el motivo del recurso de la parte demandada consistente en la supuesta infracción del artículo 12.2 de la LEC debe ser desestimado”* o, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995 (Rec.1402/1992), *“ ya que basándose la reclamación planteada en culpa extracontractual, ha de aplicarse en esta cuestión la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, que ha venido a sentar en forma decidida y que sujeta a los interesados, que no procede apreciar situación litisconsorcial pasiva en estos supuestos de responsabilidad extracontractual, por razón de la solidaridad que se produce entre las personas a que se les reclama directamente en el pleito, como respecto a las que pudieran resultar obligadas, con la consecuencia de que la acción bien se puede dirigir contra todos o cualquiera de los implicados, por ser los interesados copartícipes en la acometida antigua, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1145, párrafo segundo del CC”*.

solidaridad, que impide que pueda prosperar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, ya que es facultad del perjudicado dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables del daño. No se puede decir, por tanto, que se incurre por ello en una defectuosa relación jurídico-procesal cuando no se ha demandado a todos los responsables del daño porque viene eliminada por la previsión del art. 1144 CC que descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extra contractual⁶⁹⁵

El grupo de empresas está conformado por un conjunto de empresas jurídicamente independientes y patrimonialmente responsables por las obligaciones individualmente contraídas, pero, cuando concurren determinadas circunstancias que hacen responsable al grupo del perjuicio causado al trabajador, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada una, el vínculo de solidaridad es el más adecuado al caso, resultando aplicable el art. 1144 CC. De esta forma, el trabajador es quien señala contra quien dirige la demanda, sin vincular el pronunciamiento a las restantes, sólo afectará a la empresa demandada. Estamos, por tanto, ante una situación de litisconsorcio pasivo voluntario.

Sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre las distintas empresas intervinientes en el grupo de empresas.

En este sentido, el art. 1144 establece que *“el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente y que las acciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente, se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda”*. En concordancia con el art. 1140 CC, esta solidaridad puede *“existir, aunque los acreedores no estén ligados del propio modo y, por unos mismo plazos y condiciones”* y, al mismo tiempo, establecer que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudican a todos ellos, conforme el art. 1141 CC. Estos preceptos se han de poner en

⁶⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 28 de mayo de 1982 (RJ 1982/2606). Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 13 de marzo de 1998 (Rec. 390/1994).

relación con lo establecido en el art.1973 CC que establece que *“la prescripción de las acciones se interrumpen ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”* y, fundamentalmente, con lo previsto en el art. 1974 CC al estar ante una obligación solidaria y establecer dicho precepto que la interrupción de la prescripción de acciones de obligaciones solidarias *“aprovecha o perjudica a todos los acreedores y deudores”*⁶⁹⁶.

Por lo tanto, el demandante puede decidir a quién demandar, en virtud de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y la sentencia que recaiga no puede afectar a nadie más que a quien fue parte en el proceso, no proyectándose la excepción cosa juzgada formal sobre los deudores solidarios no demandados, admitiendo la eficacia de cosa juzgada a los herederos y causahabientes de las partes del proceso en que se dicte, así como a los sujetos *“no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”*, art. 222.3 LEC. Como consecuencia de lo anterior si el deudo no fue parte en el proceso, la resolución no extenderá sus efectos sobre el mismo.

De la exposición anterior y, partiendo de la inexistencia del litisconsorcio necesario podremos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Conforme al art. 1144 CC, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, sin perjuicio, de la posibilidad de dirigirse el actor o, mediante una nueva demanda declarativa contra aquellos que no hubieran sido demandados en su día y reclamar las obligaciones reconocidas y no satisfechas -por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero -

⁶⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada de 7 julio de 2016 (Rec. 420/2016). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 abril 2016 (Rec. 1783/2015). Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada de 17 marzo 2016 (Rec. 1194/2015).

indemnizaciones o prestaciones a la Seguridad Social-, la readmisión de un trabajador, la cancelación de una sanción o en afiliación o dar de alta en la Seguridad Social, etc.-. Ahora bien, si alguna de las sociedades del grupo no ha sido demandada y quiere formar parte del proceso podrá hacerlo, de acuerdo con el art. 13 LEC.

b) No debe decretarse la prescripción de la acción, como consecuencia de un procedimiento previo existente entre las partes iniciales⁶⁹⁷.

Interpuesta la acción frente a alguna o algunas empresas del grupo dentro del plazo establecido, dicha acción interrumpe el plazo de prescripción frente a todos los obligados solidarios. Así pues, interrumpido el plazo de prescripción para uno, se entenderá interrumpido para todos los demás, en el ámbito de la responsabilidad solidaria, conforme a los art. 1141⁶⁹⁸ y 1974 del CC⁶⁹⁹.

c) El art. 519 LEC establece un incidente específico para los consumidores y usuarios que no habiendo sido parte en el proceso puedan solicitar su reconocimiento como beneficiarios de dichas sentencias e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo procedimiento con idéntico objetivo.

⁶⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 13 junio de 2013 (Rec. 31/2013). *“En segundo lugar, porque conforme al art. 1141 del Código Civil “las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos”. Por ello, una vez ejercitada dentro del plazo legal la acción de despido no puede estimarse la caducidad de la acción, aunque la demanda se amplíe frente a otros empleadores solidarios, miembros del grupo de empresas. Si resulta que finalmente no hay solidaridad (por inexistencia del grupo), se producirá la absolución, pero no por caducidad sino por inexistencia de responsabilidad”.*

⁶⁹⁸ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.547.” (...)la única interpretación de este precepto compatible con el art. 24 CE es la de entender que no se está refiriendo a la cosa juzgada, sino únicamente a los efectos derivados del ejercicio de la acción –interrupción de la prescripción, constitución en mora-.”

⁶⁹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (Rec. 500/2018). *“Conforme a los art. 1141 y 1974 del CC, art. 24 LGSS y 42 del Reglamento General de Recaudación, los actos que interrumpieron la prescripción respecto de las deudoras principales gozan de tal eficacia para la responsable por efecto de la solidaridad, de forma que a falta de actividad interruptiva de la Administración dirigida frente al deudor principal se ha de deducir la prescripción del derecho a dirigirse contra el responsable”.*

Sin embargo, respecto de las obligaciones solidarias, el art. 542.1 LEC establece que “las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso”, pudiendo pedirse que se despache la ejecución por el importe total de la deuda, incluidos intereses y costas, frente a uno o algunos de ellos o frente a todos si, en el título ejecutivo, aparecen varios deudores (art. 542.3 LEC). Sin embargo, no se podrá ampliar la ejecución a las sociedades no incluidas en el título ejecutivo.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior Justicia de Madrid de 26 de febrero de 2016 (Rec. 754/2016). En este caso los trabajadores interpusieron una demanda contra la empresa “A”, alcanzando un acuerdo ante el juzgado, aprobándose por decreto acuerdo conciliatorio. Los trabajadores presentaron demanda ejecutiva referida al acta de conciliación dirigiéndola contra la sociedad “A” y ocho más, sobre la base que constituían un grupo de empresas a efectos laborales. El juzgado despachó ejecución contra la empresa “A” y los ejecutantes interpusieron recurso de reposición contra ese auto, reprochándole no haber dado respuesta a la solicitud de ampliación de ejecución. El Tribunal concluyó que, no cabía extender la ejecución al grupo empresarial al que pertenece la empresa “A”, pues su existencia es previa al título ejecutivo. El Tribunal se fija en la Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de julio de 2003 (Rec.1695/2005), reconociendo como criterio previo para llegar a dicha conclusión, entre otros que, para que pueda declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es necesario que tal cambio sustantivo se hubiera producido con posterioridad al título ejecutivo *“o, dicho de otro modo, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento”*. De esta manera, de acreditarse en el proceso de ejecución, a través del trámite incidental del art. 238 LRJS, podrá comportar, en consecuencia, un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo. En interpretación de la exigibilidad de este requisito temporal, es claro que el alegado grupo empresarial, de existir, antes de la constitución del título ejecutivo, no cabría ampliar la ejecución contra un sujeto distinto al interviniente en ese acto.

3.2 La ejecución de sentencia

En materia de ejecución rige el principio general de que ésta sólo puede dirigirse contra las personas condenadas en el título ejecutivo. La condena normalmente, identificará la relación de empresas integrantes del grupo y cuál es su responsabilidad. Sin embargo, el problema se encuentra cuando: a) el condenado fuera el grupo y no sus miembros; y, b) cuando se quisiera extender la condena a terceros no incluidos en el título de ejecución.

Respecto de la primera cuestión planteada, tanto el art. 18 LOPJ como el art.241.1 de la LRJS disponen que *“la ejecución se llevará a efectos en los propios términos”*⁷⁰⁰ *establecidos en el que se ejecuta”,* en la que se cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo de la ejecución⁷⁰¹. En estos casos, el objeto de la ejecución de sentencia no podría llevarse en sus propios términos, porque la figura del grupo ni tiene personalidad jurídica, ni patrimonio propio sobre el cual ejecutarse la

⁷⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2003 (Sentencia 4/2003). *“Se ha señalado por este Tribunal, recogiendo lo señalado en pronunciamientos anteriores y, por todas, en STC 106/1999, de 14 de junio, que el deber de observar el principio de modificabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE . Así como que, mientras el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo “en sus propios términos”, es decir, con sujeción al principio de modificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley. Se ha añadido a lo anterior que la función de control de este Tribunal ha de contraerse a la de velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse, y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegaciones y aportar pruebas sobre la incidencia que para la efectividad del fallo pudiera tener la actuación subsiguiente. De esta manera, en fase de ejecución no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte al prescindirse del debate y contradicción inherentes a todo litigio. Y así, finalmente, debemos indicar que la eventual existencia en la Sentencia firme de incongruencia omisiva o ex silentio, no es cuestión que deba depurarse procesalmente en fase de ejecución de aquélla, pues pertenece al ámbito de la declaración del derecho y no de su ejecución. Si de la Sentencia a ejecutar se predica tal modalidad de incongruencia, el remedio no se halla en integrar la omisión mediante un pronunciamiento adicional en ejecución del fallo, pues ha de partirse de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la ejecutoria en los términos en que fueron establecidos”.*

⁷⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 (Sentencia 109/984).

sentencia, ni podría instarse la ejecución contra terceros que no han sido parte en el proceso. En este contexto, el proceso ejecutivo se convertiría en un proceso declarativo sin las garantías constitucionales del art. 24 CE⁷⁰².

Ahora bien, el apartado 2 del art. 240 LRJS ofrece la modificación de partes en la ejecución, a través del trámite incidente previsto en el art. 238 LRJS, siempre y cuando el cambio se fundamente en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidas que se hubieran producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo. Sin embargo, si se conoce la existencia del grupo de empresas, podría haberse concretado en el título ejecutivo las personas físicas o jurídicas responsables y si entró después a formar parte del grupo quedaría excluida del contenido del art. 240.2 LRJS.

No obstante, podría articularse por la vía del apartado 3 del art. 240 LRJS. El precepto posibilita despachar la sentencia frente a entes sin personalidad jurídica, frente a socios, partícipes, miembros o gestores que haya actuado frente a los trabajadores en nombre de la entidad, por medio del incidente de ejecución previsto en el art. 238 LRJS. Debemos de examinar dos escenarios posibles:

a) Cuando se trata de un grupo de empresas Laboral. No puede aceptarse la inclusión de una pretensión ejecutiva de un tercero no incluido en la ejecutoria y, menos levantar el velo de la personalidad jurídica⁷⁰³ por la vía del art. 238 LRJS sin las garantías de defensa que le da el juicio declarativo —alegaciones, pruebas, recursos—, con lo que, de aceptar tal posibilidad, sería contrario al principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

b) Cuando se trata de un grupo de empresas mercantil. La Ley de Enjuiciamiento Civil, que en esta materia ha de jugar como supletoria en la procesal laboral, el art. 240.3 LRJS es copia literal del art. 544 LEC. De esta forma, cuando la LEC habla de entes

⁷⁰² MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p.101-103.

⁷⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2007 (Rec. 4137/2005). “La admisión de esa tesis equivaldría a la posibilidad de una cadena indefinida de intentos de ejecución, cuando el condenado en la sentencia deviene incapaz de hacer frente a las obligaciones que le fueron impuestas”.

sin personalidad se refiere a sociedades irregulares. Así pues, el art. 544 LEC hay que ponerlo en relación con el art. 6.2 del mismo cuerpo legal que señala que, *“sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente previstos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”*. En estos casos, los grupos de sociedades son entidades jurídicamente independientes y patrimonialmente responsables de sus propios actos, lo que no quita que, en ocasiones, las sociedades del grupo puedan llevar una política económica de colaboración, pero son éstas las que actúan en el mercado, no el grupo en sí mismo. Sin embargo, cuando lo hacen, tampoco actúan en nombre y representación del grupo como sociedades independientes. En consecuencia, no pueden quedar ampliada la ejecución por la vía del art. 240.3 LRJS, porque esta colaboración entre las sociedades del grupo no comporta la pérdida de su independencia a efectos jurídicos laborales.

En otras ocasiones, se ha planteado acudir al cauce incidental del art. 238 LRJS para extender la legitimación pasiva a empresas que no fueron parte en el proceso declarativo.

La doctrina del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a la utilización del trámite incidental en los supuestos de subrogación total o parcial de un tercero en los derechos y obligaciones del inicialmente ejecutado por transmisión de la empresa, cambio de titularidad o supuestos a ellos asimilados, siempre y cuando *“el cambio sustantivo en que se funde se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituya la base del concreto proceso de ejecución”*⁷⁰⁴. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2016 (Rec. 2432/2014)

⁷⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (Rec. 1182/1997). Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1997 (Rec. 1977/1996). Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1999 (Rec. 2566/1997). Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero 2007 (Rec. 4135/2005).

argumenta que queda justificado el cambio sustantivo del que deriva su responsabilidad por hechos sobrevenidos con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución, destacando la cercanía entre ambas fechas. En el caso concreto, los trabajadores ejecutantes solicitaban la ampliación de la ejecución contra otra sociedad, alegando la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. La entidad frente *“a la que se amplía la ejecución por el juzgado ejecutor se constituyó como persona jurídica con anterioridad a la creación de los títulos acumulados objeto de la ejecución definitiva dirigida inicialmente contra una sola sociedad, los hechos que cabe configurar como constitutivos de la unión empresarial y que justificarían en el presente caso el “ cambio sustantivo ” se basaron en hechos sobrevenidos producidos con posterioridad a la constitución de los títulos acumulados objeto de ejecución; y ello, sin dejar de destacar expresamente en este caso la excepcionalidad del supuesto, atendida la cercanía de fechas entre la constitución formal de la sociedad y la fecha en que se entiende producido el cambio sustantivo del que puede derivar su responsabilidad”*. En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2007 (Rec. 4137/2005) entiende que *“no puede llegarse a la misma solución cuando la extensión de la condena pretenda llevarse, por la vía de la denominada teoría del «levantamiento del velo», en supuestos en los que los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad, de tercero no incluido en la ejecutoria, deba derivarse de actos y conductas anteriores al juicio y que en él debieron ventilarse”*.

También se puede traer a colación, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior Justicia de Madrid de 26 de febrero de 2016 (Rec. 754/2016). En este caso los trabajadores interpusieron una demanda contra la empresa “A”, alcanzando un acuerdo ante el juzgado, aprobándose un acuerdo conciliatorio. Los trabajadores presentaron demanda ejecutiva referida al acta de conciliación dirigiéndola contra la sociedad “A” y ocho más, sobre la base que constituían un grupo de empresas a efectos laborales. El juzgado despachó ejecución contra la empresa “A” y los ejecutantes interpusieron recurso de reposición contra ese auto, reprochándole no haber dado respuesta a la solicitud de ampliación de ejecución. El Tribunal concluyó que, no cabía extender la ejecución al grupo empresarial al que pertenece la empresa

“A”, pues su existencia es previa al título ejecutivo. El Tribunal se fija en la Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de julio de 2003 (Rec.1695/2005), reconociendo como criterio previo para llegar a dicha conclusión, entre otros que, para que pueda declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es necesario que tal cambio sustantivo se hubiera producido con posterioridad al título ejecutivo “o, dicho de otro modo, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento”.

La posición de la doctrina científica es prácticamente unánime al excluir la utilización del trámite incidental para extender la responsabilidad a otras empresas del grupo en fase de ejecución. En este sentido se pronuncia ESTEVE SEGARRA⁷⁰⁵, al considerar que: a) la existencia del grupo no puede asimilarse a una subrogación o un cambio de titularidad empresarial; b) resulta difícil imaginar que el cambio significativo se produjera con posterioridad al título ejecutivo, y c) el grupo por sí mismo no genera una responsabilidad solidaria, hace falta una utilización fraudulenta de la estructura empresarial y, por tanto, sería necesario interponer un nuevo proceso declarativo en el que se planteara la cuestión sustantiva del grupo y, en su caso, se determinara su responsabilidad. Para MOLINER TAMBORERO⁷⁰⁶ aceptar la inclusión de una pretensión ejecutiva frente a terceros que no han sido parte en el proceso excede de las posibilidades del conferidas al juez de la ejecución del art. 238 LRJS. Además, DESDENTADO DAROCA⁷⁰⁷, apunta tres razones más: a) la imposibilidad de utilizar la

⁷⁰⁵ ESTEVE SEGARRA, A. (2002), ob. cit., p.346 y ss.

⁷⁰⁶ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p.102. En el mismo sentido, SALINA MOLINA, F. (1994). “Problemas procesales: grupos de empresa y ejecución de sentencias: el empresario como ejecutado”, en AA. VV (A. BAYLOS y L. COLLADO, dirs.), *Grupos de empresas y derecho del Trabajo*. Trota. Pág. 216. “...cuando los originarios defectos que incidían en la validez de la relación jurídico procesal se detectan en el ámbito de un proceso de ejecución, resultará, de ordinario, que los hechos constitutivos de la responsabilidad empresarial pretendida se habrán producido con anterioridad a la constitución del título, lo que comportará el que éste se hubiera formado inadecuadamente al no haber sido parte ni oídos con el carácter ulteriormente pretendido los presuntos responsables, por lo que no existe base legal, y además se originaría evidente indefensión si se declarara su pretendida responsabilidad en vía de ejecución y se accediera a dirigir ésta frente a quienes pudiendo haber sido demandados en el proceso declarativo no lo fueron”.

⁷⁰⁷ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.556-557.

cuestión incidental para sustanciar cualquier pretensión declarativa; b) el principio de defensa queda limitado, no podría utilizarse todas las excepciones contra el ejecutante, solamente, las que afecta a la existencia del vínculo de solidaridad; y c) el incidente presenta una limitación en el plano procedimental, *“que hace más gravosa la posición de la parte ejecutada, pues la interposición de los recursos suspende la ejecución”*.

Otros autores como SEMPERE NAVARRO y ARETA MARTÍNEZ ⁷⁰⁸ defienden la posibilidad de ampliar la ejecución de la sentencia frente a terceros no contemplados inicialmente a través del incidente concursal, sin más limitaciones que los hechos ocurridos se haya producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo.

A mi juicio, trasladar al grupo de empresas la ampliación de la ejecución a sujetos no contemplados en el título, a través del trámite incidental del art. 238 LRJS, podrá comportar, en consecuencia, un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo. En interpretación de la exigibilidad de este requisito temporal, es claro que el alegado grupo empresarial, de existir, antes de la constitución del título ejecutivo, no cabría ampliar la ejecución contra un sujeto distinto al interviniente en ese acto. Sin embargo, la consecuencia es que, aunque pudiera existir *“sorpresivamente”* la existencia de un grupo, el art. 542.1 LEC ha dejado claro que no es posible ampliar la ejecución a terceros que no han sido parte en el proceso, ni convertirse el art. 238 LRJS como vía de ampliación de la condena ejecutoria sin las garantías del art. 24 CE.

Ahora bien, lo normal es que en el título ejecutivo se haya determinado la existencia del grupo de empresas y la condena solidaria de cada una de las empresas integrantes del grupo. Cuando se plantean supuestos de ejecución dineraria, no hay problema alguno, el acreedor podrá pedir que se despache la ejecución frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos (art. 542.3 LEC). Los problemas

⁷⁰⁸ SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), ob. cit., p.121.

comienzan a aflorar en supuestos de ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer y, en particular, en relación a la obligación de readmitir al trabajador en el despido nulo o en el despido improcedente si no se optara por la indemnización sino por la readmisión. Se trata de determinar si la readmisión del trabajador despedido únicamente podrá exigirse a la empresa del grupo que produjo el incumplimiento o, tratándose de una condena solidaria, podrá instarse la ejecución contra una empresa distinta que la despidió. O si el despido es improcedente, determinar si son varios los empresarios quien tiene la opción de elegir o, que sucede en caso que la readmisión se produzca de manera irregular. Son temas que a continuación se trataran.

3.2.1 Ejecución de sentencia definitiva

Existe una línea doctrinal minoritaria que ha entendido que la readmisión en las mismas condiciones es una readmisión en el mismo puesto de trabajo y, en consecuencia, hay readmisión irregular y se vulnera en este aspecto el derecho del trabajador a la plena ejecución de la sentencia cuando su reposición en el trabajo se produce en condiciones distintas de las que regían antes de producirse la decisión extintiva. El lugar de prestación del trabajo figura entre las condiciones de realización de la actividad que deben respetarse en todo momento para alcanzar su verdadera finalidad, con la misma antigüedad, salario, categoría, actividad, régimen de trabajo, como si el despido no se hubiese producido, pues, de lo contrario, se trataría de *“una novación del contrato, impuesta unilateralmente por la empresa, no ya sin voluntad adhesiva del trabajador sino con su oposición (así, ya la STS 29/05/87); y b).– Que «aunque se negara la sinonimia jurídica de las expresiones “las mismas condiciones de trabajo” y “el mismo puesto de trabajo” ... lo que no cabe duda es que el lugar donde se prestan los servicios es una «condición de trabajo» tan importante que para alterarla se exige la concurrencia de los requisitos que se establece en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”*⁷⁰⁹, debiéndose producir un restitución íntegra del “status”

⁷⁰⁹ Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana, en relación con la

precedente, promoviendo después, si concurrían causas para ello, un procedimiento de movilidad geográfica.

Ahora bien, cuando la identidad de condiciones para la reincorporación no sea materialmente factible o cuando la variación ofrece acreditadas y legítimas razones que evidencien la ausencia de todo ánimo de represalia en la decisión empresarial, su lícito ejercicio no da lugar a la irregularidad en la readmisión⁷¹⁰. Modificaciones estas, que no excedan del *ius variandi* del empresario y ajenas a la voluntad empresarial de eludir el cumplimiento de la sentencia⁷¹¹. Este es el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 (Rec. 108/2016), al considerar que la readmisión irregular *“es un concepto jurídico indeterminado y hay que atender para su apreciación a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto con la necesaria flexibilidad que haga posible que la readmisión en igualdad de condiciones sea compatible con la situación de hecho existente en la empresa en el momento de la reincorporación, valorando la buena fe del empresario y el correcto uso de sus facultades directivas”*. En la sentencia la empresa procedió a la apertura del centro de trabajo que había sido cerrado antes de declararse la nulidad del despido para dar cumplimiento a la sentencia ejecutada. La finalidad industrial era distinta, pasaba de ser un centro de carácter productivo a ser un centro de distribución industrial y logístico. Con la reapertura del centro se procedió a la reincorporación de los trabajadores que instaron su readmisión. La Sentencia concluye que no existe readmisión irregular cuando se produce con funciones diferentes, pero dentro del

sentencia de dicha Sala de 27 de diciembre de 2013, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 3034/2012.

⁷¹⁰ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 08 de mayo de 2017 (Rec. 2/2017). *“En el presente supuesto es cierto que la empresa condenada no ha cumplido completamente la obligación de readmisión del trabajador; habrá que descartar, sin embargo, que la readmisión producida lo fuera en fraude de ley, porque no se trata de una medida reactiva o renuente al cumplimiento del mandato de ejecución, sino que nos encontramos ante el cumplimiento parcial de una obligación alternativa, que es la única cuestión a considerar en la actual fase ejecutiva”*.

⁷¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de enero de 2004 (Rec. 1543/2003).

grupo profesional, como consecuencia del cambio de actividad en el centro de trabajo respetando todas las condiciones inherentes al puesto de trabajo que existía antes del despido. Sin embargo, la sentencia cuenta con un Voto Particular, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agustí Juliá., al que se adhiere la Excmo. Sra. Magistrada Doña Rosa María Virolés Piñol. En este voto particular se plantea que las circunstancias del caso: reapertura del centro de trabajo, respeto de las retribuciones, jornada y horarios, pero no de las funciones, puesto que el centro ya no es una fábrica, sino un centro de logística o almacén, conducen a que la readmisión deba ser calificada de *“irregular, en cuanto a los trabajadores se les ha readmitido en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido”*. En el mismo, sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Cantabria de 25 de marzo de 2009 (Rec. 201/2009) donde *“no se justifica de forma cumplida las razones del cambio a una mesa distinta o la variación de funciones, siquiera cuando se correspondan con las propias de la categoría profesional de peón, lo que es indiferente, porque en cualquier caso se le desprovee al actor de la actividad o sector al que desde el inicio de su relación se ocupaba”*.

También se han dado pronunciamientos judiciales, en los cuales se entiende que la readmisión no puede imponerse con carácter solidario por su carácter personalísimo, si bien la responsabilidad económica de despido puede imponerse con carácter solidario por su propia naturaleza al resto de las empresas intervinientes⁷¹².

En opinión de MOLINER TAMBORERO⁷¹³ *“el cumplimiento específico de la obligación no depende que sea o no divisible, sino que la conducta para su cumplimiento sea o no fungible entendiendo por fungible cuando es indiferente que la realice una u otra persona, dado que el resultado es el mismo”*, siempre que, algunas

⁷¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7285). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas de 07 de julio de 1998 (Rec. 368/1997). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 28 de octubre de 1996 (Rec. 965/1996).

⁷¹³ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 111-112.

de las otras condenadas puedan cumplir la obligación⁷¹⁴, debiendo de analizarse cada caso concreto para tomar una decisión u otra. Para DESDENTADO DAROCA⁷¹⁵, “lo decisivo, a efectos de la fungibilidad, es que el interés del acreedor -el trabajador despedido en su caso- quede satisfecho con la prestación siendo indiferente la persona que lo realiza”. En cambio, para ESTEVE SEGARRA⁷¹⁶, la readmisión debe producirse en la empresa que lo despidió.

La norma procesal cuenta con mecanismos para cumplir con las obligaciones de hacer, no es una elección del deudor dirigirse contra cualquiera de ellas para el cumplimiento de la readmisión, cuando el interés del trabajador no puede ser de otro modo satisfecho, sino con la realización de aquella conducta a la que el deudor está obligado y, si no lo hiciera, la obligación de hacer se convierte en otra de indemnizar ante el incumplimiento de la primera, conforme la norma procesal. Más aún, obligar a un tercero a cumplir con la prestación no garantizaría la consecución del resultado útil para el trabajador si no se realiza una restitución íntegra en las condiciones que regían antes de producirse la decisión empresarial extintiva, pues sólo el empresario que despide es capaz de restituirlo íntegramente al “status” precedente, pero no obliga a que el trabajador, sin su voluntad, acepte una readmisión en condiciones sustancialmente distintas que alteren el contenido sustancial de la prestación, conforme lo dispuesto en el art. 1161 CC.

⁷¹⁴ Pone el ejemplo de un grupo de empresas de la construcción, con dirección efectiva y centro o centros de trabajo comunes, están en condiciones de ser obligadas a readmitir a cualquier trabajador despedido en cuanto que cualquiera de ellas puede readmitirlo perfectamente con la misma antigüedad, salario, jornada, puesto y lugar de trabajo que, antes tenía, cumpliendo con las exigencias de una readmisión regular...por el contrario ese mismo grupo, con centros de trabajo diseminados por la geografía española, no podría readmitir adecuadamente en su otras empresas a un trabajador cuando su propia entidad o centro de trabajo hubiera desaparecido, y mucho menos si se trata de un grupo diversificado en distintas ramas de la producción, cuando la actividad constructora la hubiera abandonado.

⁷¹⁵ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.558-559.

⁷¹⁶ ESTEVE GARCIA, A. (2001), “Los grupos de sociedades y contratos de trabajo”. Tesis Doctoral. Pág. 450-451.

Ahora bien, pensemos que el grupo, en cuanto tal, es relevante a los efectos del despido colectivo, de la cesión de trabajadores y de la negociación colectiva en cuanto al ámbito del convenio, la prioridad aplicativa del convenio de grupo o las reglas de legitimación para negociar. Pero sabemos también que la concentración empresarial puede derivar de tres tipos de relaciones; a) las que responden a esquemas de colaboración usuales en el tráfico mercantil y que no generan efectos significativos en el ámbito laboral; b) el reconocimiento de una posición empresarial común, por la existencia de una confusión patrimonial o de plantilla, con las consecuencias correspondientes en todos los ámbitos, tanto desde la perspectiva de la imputación de responsabilidades, como del cumplimiento de las normas específicas que regulan aspectos concretos de los grupos de empresa, si bien de forma indirecta y aislada - despidos colectivos, la relación de trabajo especial de alta dirección, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, los desplazamientos en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, los incentivos a la contratación y la intervención en el proceso laboral- y; c) relaciones empresariales en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad se enmarcan en una utilización abusiva de la personalidad jurídica, provocando un menoscabo en los derechos de los trabajadores o, en terceros no trabajadores – proveedores, clientes, etc.

Se trata, en definitiva, de considerar: a) cuando se da un entramado de relaciones empresariales que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección propia de la apariencia externa de unidad, b) cuando se da un funcionamiento integrado en el ámbito de la gestión de personal -prestaciones de trabajo indistintas o confusión de plantilla- y gestión patrimonial⁷¹⁷, c) cuando la

⁷¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 (Rec. 79/2014). *“La existencia de los grupos de sociedades está prevista legalmente y conforme a la norma 21ª de la II parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre , “las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales” y “en consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se*

realidad no es otra que la utilización desviada de la figura de la persona jurídica para la dispersión o elusión de las responsabilidades laborales que, justificaría la ruptura del beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de la comunicación de las responsabilidades empresariales. Desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, la doctrina ofrece una respuesta para los dos extremos, pues en el primer caso prevalece la irrelevancia de los vínculos societarios, lo que implica esferas de actuación y de responsabilidad plenamente autónomas para las sociedades intervinientes y, en el otro extremo, todo lo contrario, la extensión de responsabilidades a todas las empresas como unidad empresarial que son. Respecto del supuesto intermedio, hay que partir del hecho de que, la circulación de trabajadores en el seno del grupo obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de la actividad productiva, considerándose una práctica en principio lícita, aplicando por analogía las responsabilidades que contempla el artículo 43 de ET, es decir, la responsabilidad solidaria de la empresa cedente o cesionaria frente al trabajador. Por lo tanto, la prestación de servicios que se produce en el marco de empresas normalmente relacionadas entre sí por su pertenencia a un grupo mercantil no lleva aparejada su conversión en un grupo a efectos laborales⁷¹⁸ y, por consiguiente, el que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia, todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas las empresas que reciban la

contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas". La confusión de plantilla significa una prestación de servicios indiferenciada para las distintas empresas del grupo, de forma que, o bien constituya una situación pura y simple de prestamismo laboral ilícito o bien, aunque pudiera tratarse de servicios lícitos no constitutivos de prestamismo, se lleve a cabo sin contabilizar adecuadamente dichas prestaciones como gastos e ingresos de cada una de ellas, porque en este segundo caso lo que se estaría produciendo es una confusión patrimonial".

⁷¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de enero de 2014 (Sentencia 8/2013). "No creemos tampoco, que la centralización de servicios o la utilización de servicios comunes convierta al grupo mercantil en grupo a efectos laborales, por cuanto uno de los objetivos de la centralización de servicios empresarial es la promoción de economías de escala que permitan abaratar costes a las empresas del grupo en su conjunto".

prestación frente al trabajador⁷¹⁹. La defensa de los derechos de los trabajadores ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad por analogía de las previsiones del art. 43 ET⁷²⁰ a los supuestos de circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo, de modo que, al tratarse de una cesión de trabajadores, deberá aplicarse la responsabilidad solidaria del art. 43.3 ET, de manera que, frente al trabajador cedido, serán responsables de forma indistinta la empresa cedente y la empresa cesionaria. Ello no obsta para que tal circulación de trabajadores haya de tener efectos trascendentes respecto de sus derechos, constituyéndose el grupo como ámbito funcional para la valoración de las relaciones jurídicas –el cómputo de la totalidad de servicios prestados en las diferentes empresas se ha de reconocer a efectos retributivos, promocionales e indemnizatorios, la continuidad de las relaciones a efectos del periodo de prueba, ámbito de negociación colectiva, ámbito de valoración de las medidas de reestructuración de plantillas...-.

Por tanto, la solución no vendría de la mano de la fungibilidad o no de las obligaciones de hacer, sino que quedaría amparado por las garantías del art. 43 ET, respondiendo solidariamente los empresarios cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social, no debiéndose configurar la cesión de trabajadores como elemento de extensión de la responsabilidad al resto de las sociedades integrantes del grupo, sino solamente respecto de aquellas que han

⁷¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (Sentencia 250/1991). “(...)debiendo reiterarse la doctrina de esta Sala (Sentencias de 8 de octubre de 1987 y 26 de noviembre de 1990, entre otras) en el sentido de que se ha de reconocer una única relación de trabajo, no escindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo, aun cuando el trabajador desempeñe, sucesiva o simultáneamente, funciones en las distintas empresas que integran el grupo; todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas ellas frente al trabajador(...)”.

⁷²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Rec.645/1990). Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (Rec.720/1992). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998 (Rec. 2365/1997). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 (Rec.4383/1999). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 (Rec.558/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2002 (Rec.1759/2001). Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2002 (Rec.3045/2001).

recibido los servicios el trabajador, sobre las que caerá la responsabilidad de readmitir. Cuando la realidad del grupo de empresas no es otra que la de evitar el establecimiento de una persona unitaria, pues, el propósito que se persigue es mantener la independencia de las sociedades intervinientes y evitar la ruptura de ese beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de las responsabilidades empresariales.

Así pues, la relación de los problemas que plantea esta posición con el art. 38 CE, en la medida en que establece la libertad de empresa, no es sólo la libertad de fundación de las empresas, sino también la titularidad del poder de auto-organización y decisión, lo que implicaría la privación para la empresa de los derechos y libertades que la Constitución le reconoce y cuya protección queda vinculada, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos (art. 7 LOPJ).

Para el caso que existiera una unidad de caja en el sentido de “permeabilidad operativa o contable” y de gestión económica, o bien una confusión patrimonial que no llevara aparejada la prestación de trabajo a favor de las distintas empresas del grupo, si la readmisión no se llevará a cabo por la empresa que inicia el despido y, una vez sustituida la obligación de readmisión por la indemnización, entiendo que no habría ningún problema para extender la condena solidaria frente a una sociedad distinta de las que despidió, salvo la obligación de reposición de las funciones representativas o sindicales que, sólo puede lograrse en el seno de la empresa que se ejercen esas funciones.

3.2.2 Ejecución provisional de la sentencia

Procede ahora examinar la problemática que plantea la ejecución provisional de la sentencia. Se trata de analizar que sucede cuando sólo alguna y no todas de las empresas integrantes del grupo que han resultado condenadas recurren la sentencia y se insta la ejecución provisional frente a aquellas condenadas que no la han impugnado. A la misma se refiere la LEC en su art. 526 cuando señala que, *“quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera*

instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes". Por tanto, solo procede la ejecución provisional en los supuestos de una sentencia de condena que no sea firme por estar recurrida (art. 524.2 LEC), lo que excluye la posibilidad de solicitarla en base a conciliaciones judiciales, conciliaciones extrajudiciales, sentencias meramente declarativas, sentencias absolutorias y el auto que deniegue la ejecución provisional".

En cualquier caso, se trataría de ver como la ejecución provisional de sentencias afecta a los grupos de empresas cuando se condena al pago de una cantidad de dinero –sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social, indemnizaciones- o cuando se trata de una condena a una readmisión o despido nulo, cuando se opta por la readmisión en un despido improcedente.

3.2.2.1 *Ejecución provisional. Condena a una readmisión o despido nulo*

La ejecución provisional de las sentencias de despido se halla regulada en los art. 297 a 302 LRJS. En este sentido el art. 297.1 LRJS dispone que, "*cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna";* añadiendo en su párrafo 2º que "*la misma obligación tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo; sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, en especial para la protección frente al acoso, en los términos del apartado 4 del art. 180.*"

El problema se produce a la hora de determinar quién debe de abonar los salarios de tramitación y a la hora de ejercitar las opciones que la ley reconoce al empresario condenado.

3.2.2.1.1 Ejecución provisional cuando se trata de una condena de salarios de tramitación

El problema llega cuando, recurriendo las condenadas, unas lo hacen por discrepancias con la condena y otras, por discrepancias en cuanto a su pertenencia al grupo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de diciembre de 2015 (Rec.149/2015), desestima el recurso de casación interpuesto por un grupo de empresas contra el auto el Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2014, que desestimaba el recurso de reposición con el Auto de 20 de noviembre de 2014, dictado en ejecución provisional de sentencia que ordenó al grupo de empresas, con responsabilidad solidaria entre ellas, que abonase a los trabajadores los salarios debidos desde la sentencia dictada declarando la nulidad del despido y mientras se tramite el recurso interpuesto. Sin embargo, la sentencia no dice nada en relación con la ejecución provisional, si la empresa optase por que los trabajadores despedidos presenten servicios durante la tramitación del recurso y si es posible hacerlo en un determinado centro o en otro.

Para DESDENTADO DAROCA⁷²¹, el abono de los salarios de tramitación durante el recurso no representa ninguna particularidad. Para el autor, si de las sociedades solamente recurre una, ésta será la que deba hacer frente con su consignación, salvo que el trabajador, opte por la ejecución definitiva frente a las sociedades no recurrentes, conforme el art. 242 LRJS⁷²². La misma si son varias las sociedades recurrentes. Y si todas las sociedades recurren *“la ejecución estará cerrada y todas las consignaciones responderán, en principio, del pago que se acuerde en la ejecución provisional con independencia de cuál sea el motivo del recurso, correspondiendo al órgano judicial la imputación”*.

⁷²¹ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 562.

⁷²² Esta opción no será posible si se pide una excepción común, en DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p.561. Nota 383.

MOLINER TAMBORERO⁷²³ distingue en atención al objeto del recurso: a) si es una sola empresa la que recurre por no estar de acuerdo con el importe de la condena, en este supuesto, el trabajador puede instar la ejecución con cargo al depósito; b) se plantea dos recursos, uno por quienes no están conformes con la condena y otros, alegan no pertenecer al grupo. En este caso el autor considera que tendrá que ser el juez quien decida, en tal situación, pero lo lógico para MOLINER TAMBORERO es realizar en anticipo con cargo “a la consignación efectuada por la parte recurrente en que se encuentre la entidad para la que trabajó el demandante”; y c) unos se aquietan y otros recurren, con la pretensión de ser absueltos por no pertenecer al grupo. En este caso, el autor propone que ejecutar contra quien recurrió, “que es, por otra parte, el único que puede resultar absuelto en el recurso”.

La obligación principal es la del abono de los salarios, mientras que la prestación del trabajo y por tanto la readmisión queda en manos de la decisión empresarial. Se está ante obligaciones de inmediato cumplimiento, tanto por la naturaleza de la retribución -se trata de un salario de subsistencia-, “como por la delimitación del ámbito temporal en el que se producen la obligación del empresario de abonar la retribución y la correlativa contraprestación de servicios”⁷²⁴. De acuerdo con ello, durante toda la tramitación del recurso, las empresas condenadas deben de cumplir la obligación de mantener al trabajador en la misma prestación de servicios retribuidos declarada en la sentencia⁷²⁵ y, si se prefiere que el trabajador no preste esos servicios, ha de satisfacerle la misma retribución que percibía con anterioridad. De modo que, para activar la ejecución provisional es necesario un incumplimiento real y efectivo de la obligación de dar ocupación efectiva y del subsiguiente pago del salario fijado en la sentencia recurrida (art. 298 LRJS). En tales casos, como ocurre en el de ejecución

⁷²³ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p.116.

⁷²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 2000 (Rec.2305/1996).

⁷²⁵ La indemnización se calcula sobre el salario del momento del despido y no sufre variaciones por los incrementos posteriores que puedan establecerse. Sentencia del Tribunal Supremo de 07 de diciembre de 1990 (Sentencia 1450/1990).

definitiva, a la parte que tiene a su favor la sentencia le basta con solicitar la ejecución provisional de la misma en tiempo y forma, siendo indiferente quien sea el recurrente, puesto que los efectos son los mismos. De ahí que cualquiera de las sociedades condenadas tendrá que soportar el pago de los salarios⁷²⁶. Esta prerrogativa no se extiende al cumplimiento de las funciones representativas que como se establece en el art. 302 LRJS, deben seguir desarrollándose en el seno de la empresa. Declarado el despido improcedente, en el que el empresario no puede optar por extinguir unilateralmente la relación laboral, subsistiendo, por tanto, el derecho de representación sindical, dado su carácter constitucional, no puede entenderse suspendido⁷²⁷.

MOLINER TAMBORERO mantiene una preferencia en el pago a favor de la empresa que denomina principal. El autor entiende que cualquier de las empresas puede recurrir. No obstante, si quien recurre no es la titular de la relación laboral, no utiliza los servicios del trabajador durante la tramitación del recurso y recurre sobre la base de su no pertenencia al grupo de empresas por lo que, si se la absolviera, sería una situación bastante injusta si no se le devolviera las cantidades pagadas. MOLINER TAMBORERO justifica este razonamiento en base al apartado 3 del art. 116 del RDL 521/1990, en virtud del cual la *“sentencia del Tribunal Superior anule la recurrida o declare la procedencia o inexistencia del despido”* el Estado deberá de devolver los salarios de tramitación, pero, en el caso planteado por el autor, la empresa absuelta, independientemente de la procedencia o improcedencia del despido respecto de las demás, las circunstancias que aparecen en el artículo no se producirán nunca, si prospera la pretensión del recurrente que lo único que solicita es que se declare su no pertenencia al grupo y, por tanto, no tendría derecho a dicha devolución. Sin embargo,

⁷²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de junio de 1988 (Sentencia 908/1988). *“Debe significarse, por último, que el sistema de ejecución provisional de sentencias que declararen la nulidad o improcedencia del despido o “decisión extintiva”, responde a la finalidad de garantizar al trabajador que hubiera sido cesado por la empresa y logrado en la instancia sentencia de tal contenido, el devengo de salarios durante la tramitación del recurso interpuesto por el empresario”*.

⁷²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1982 (Rec. 79/1982).

el RDL 521/1990, quedó derogado y, en la actual LRJS el apartado 3 del citado artículo desaparece e impide que se le pueda reclamar al Estado los salarios de tramitación, reforzando la idea de la responsabilidad solidaria que, será suficiente para que exista una acción de regreso contra las demás condenadas una vez firme la sentencia, conforme al art. 1145 párrafo segundo del código civil.

En definitiva, la ejecución provisional como actividad ejecutiva se enmarca dentro de un procedimiento autónomo nacido de la propia norma legal, por lo que ha de llevarse a efectos con independencia del resultado que obtenga el recurso interpuesto en contra de la sentencia⁷²⁸, de tal manera que, aunque esta sea revocada o anulada, no deben ser devueltos los salarios abonados durante la tramitación (art. 300 LRJS).

3.2.2.1.2 Ejecución provisional de las sentencias de despido.

En los supuestos de despido, está prevista la ejecución provisional para los casos en que la sentencia fuese objeto de recurso por el trabajador o empresario, cual expresamente prevé el art. 297 LRJS, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos; a) declaración judicial de improcedencia del despido y, b) declaración judicial de nulidad el despido.

La cuestión es a quién correspondería la opción en cada entre la readmisión o la indemnización en el caso de una condena solidaria para las empresas del grupo.

Sí, la empresa no ha optado por prescindir de los servicios del trabajador, ha de readmitirle en las mismas condiciones que regían antes del despido y, en caso de no ser readmitido o cuando la readmisión se produzca en condiciones distintas, el trabajador tiene la posibilidad de plantear el incidente de ejecución provisional regulado en el art. 238 LRJS. La cuestión a dilucidar ahora es si la empresa titular del contrato es la que tiene la opción de reanudar la relación laboral o si esta posibilidad se extiende a las empresas condenadas. Dado que las demandadas conforman un

⁷²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2003 (Rec.3756/1999).

grupo de empresas, en las que se produce un trasvase de empleados entre unas y otras, la readmisión debe satisfacerse en una de ellas indistintamente, siempre y cuando la prestación se produzca en las mismas condiciones que tenía el trabajador en la empresa que le despidió⁷²⁹.

Como excepción, el legislador establece que, cuando el despido o la decisión extintiva hubiera afectado a un representante legal de los trabajadores o sindical y sea declarada la improcedencia del despido, se le dota al representante la opción por la readmisión y el órgano judicial deberá adoptar las medidas oportunas, en los términos previstos en el art. 284.c) LRJS para el ejercicio de sus funciones. Es este caso sí que la opción esta reglada.

3.2.2.2 *Ejecución provisional. Condena a pago de cantidades*

En el caso se sentencias condenatoria al pago de cantidades, el trabajador tendrá derecho a percibir anticipos a cuenta, reintegrables conforme dispone el art. 289.1 LRJS, que pueden alcanzar el cincuenta por cien de la condena y no pueden exceder anualmente el doble del salario mínimo interprofesional, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Conforme al art. 242.1 LRJS solo es posible la ejecución parcial contra las empresas condenadas solidariamente respecto de los pronunciamientos no impugnados, es decir, *“aquellos que han quedado definitivamente fijados en la sentencia y no pueden verse afectados por la resolución que ponga fin al recurso”*⁷³⁰.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de junio de 2000 (Rec. 2469/1999), reitera el Auto del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998 (Rec.

⁷²⁹ ESTEVE SEGARRA, A (2001), ob. cit., p. 454. “En este punto, BLASCO PELLICER apunta como solución más lógica que la empresa que despide efectúe la opción, solución, que como se ha visto más arriba, ha sido confirmada por los Tribunales”. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 08 de mayo de 1997 (Rec. 1982/1997) y de 03 de junio de 1997 (Rec. 2573/1997), es un hecho probado que la opción de readmisión ha sido ejercitada por la empresa empleador, pero, no es una cuestión que se aborde en la resolución judicial.

⁷³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía de 21 de febrero de 2007 (Rec. 2811/2006).

1325/1998), *“al interpretar los artículos 1137 y ss. del Código Civil, los efectos de la solidaridad que éstos establecen, operan cuando la declaración de solidaridad es firme, pero no cuando ésta queda «sub iudice»*”. Este pronunciamiento se reproduce en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de mayo de 2019 (Rec. 2843/2018) y en la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 17 de diciembre de 1998 (Rec. 1464/1998). El Tribunal en estos casos deniega la ejecución parcial de la sentencia que había declarado la improcedencia del despido con condena solidaria a varios codemandados, *“cuando sólo alguno o algunos de ellos recurren, imponen la necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia para llevar a cabo la ejecución. En efecto, de admitirse la tesis del recurso ahora examinado, la ejecución parcial de la sentencia de instancia dirigida solamente contra los no recurrentes en suplicación habría determinado la extinción de la relación laboral con los efectos indemnizatorios correspondientes art. 297 LPL respecto a aquellos ejecutados. Ello resultaría imposible de compaginar con el derecho del actor a solicitar la ejecución provisional respecto de los otros condenados solidariamente, los recurrentes en suplicación, ya que se había optado tácitamente por la readmisión, y aunque no fuera así, cabía la ejecución provisional conforme a la normativa procesal anterior a la reforma de la Ley 11/94 - y también resultaría incompatible con el derecho del actor a solicitar la ejecución definitiva frente a los condenados recurrentes una vez que se desestimaran sus recursos de suplicación”*.

En este contexto, se pueden dar varios escenarios: a) si solo una empresa recurre por no estar de acuerdo con la condena al pago de la cantidad, el trabajador puede instar la ejecución provisional con cargo a la consignación efectuada para recurrir y, de no haber sido preceptivo consignar para recurrir —recurrir el trabajador—, se hará con cargo al Estado⁷³¹. Sin embargo, lo que parece más lógico en este último caso desde la perspectiva del trabajador es acudir a una ejecución parcial *ex art. 242 LRJS*, *“por*

⁷³¹ BLASCO PELLICER, A. (1992). “Grupos de sociedades y derecho del trabajo: problemática de la ejecución provisional de sentencias”. *Aranzadi Laboral*, número 2. Pág. 13. DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 561-562. MONEREO PÉREZ, J.L (1985), ob. cit., p. 116.

*cuanto que la condena fijada en la sentencia no podrá ser modificada por el Tribunal aplicando el principio de “reformatio in peius” y, por lo tanto, sería firme en la práctica*⁷³². Lo mismo procedería si fueran varias empresas quienes intenten revocar en el recurso la condena al pago de cantidades o, solicitar la ejecución definitiva respecto de las condenadas que no recurren, si en el recurso se impugna una excepción personal; b) en el supuesto de discrepancias sobre la pertenencia al grupo de empresas, no cabe llevar a cabo la ejecución parcial de la sentencia respecto de las empresas no recurrentes, hasta la firmeza de la sentencia, ya que en tal caso, *“los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a sus coobligados solidarios”*⁷³³ y; c) cuando recurriendo todas las condenadas plantean dos recursos, en uno de ellos se aceptan la pertenencia al grupo pero existen discrepancias con la condena y, en otro de ellos, se discrepa sobre la pertenencia al grupo y sobre la condena al pago de la cantidad, para DESDENTADO DAROCA⁷³⁴, será al órgano judicial a quien le corresponde la imputación. También para MOLINER TAMBORERO , pero en tal situación, justifica la posibilidad de ejecutar la consignación del pago efectuado por la empresa principal como recurrente⁷³⁵. Y si la sentencia impugnada fuera revocada por el Tribunal, el trabajador habrá de reintegrar esa cantidad quedando obligado en este caso el Estado como responsable solidario con el trabajador respecto del empresario, art. 292 LRJS.

Finalmente, la ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social, se corresponde con tres supuestos distintos; a) condena a prestaciones de pago periódico; b) prestaciones de pago único o a tanto alzado y; c) obligaciones de hacer o no hacer.

⁷³² ESTEVE SEGARRA, A (2001), ob. cit., p. 454.

⁷³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 08 de abril de 1991 (Sentencia 285/1991).

⁷³⁴ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 562.

⁷³⁵ MOLINER TAMBORERO, G. (1994), ob. cit., p. 116.

a) Respecto de las condenas de prestaciones de pago periódico, de acuerdo con el art. 294.1 LRJS, las sentencias recurridas son ejecutivas, quedando el condenado obligado a abonar la prestación hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 07 de diciembre de 2001 (Rec. 3730/2001) concluyó que el pago se abona con cargo a las consignaciones realizadas por cualquiera de los recurrentes, en relación con el art. 230 LRJS. Y, en esta dirección, *“la sentencia recurrida establecía en su parte dispositiva una condena solidaria, lo cual, implica que se debe responder por los condenados por el todo de la condena, sin perjuicio del que haya pagado pueda dirigirse o repetir por la parte que le corresponde frente a cada uno de los condenados (art. 1145 C. Civil); porque el “límite de su responsabilidad” al que hace referencia el art. 292 de la L.P.L. es por el todo de la condena, al ser ésta solidaria”*.

En consonancia con el criterio expuesto, DESDENTADO DAROCA⁷³⁶ ha entendido que el abono de las prestaciones de pago periódico se ejecutara con cargo a las consignaciones realizadas por cualquiera de los condenados e, incluso, con cargo a aquellas condenadas que no recurren y no pudieran beneficiarse del resultado.

A mi juicio, esta opción del autor DESDENTADO DAROCA podría matizarse. La ejecución provisional de la sentencia es un derecho de configuración legal que el legislador ha establecido, sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales; en cuya virtud, el art. 294 LRJS, obliga al condenado al pago periódico de las cantidades hasta el límite de su responsabilidad. El hecho que la sentencia recurrida en su parte dispositiva reconozca una condena solidaria al pago de una prestación, implica que todas aquellas personas o entidades que hubieran sido condenadas al pago estarán obligadas al pago, sean recurrente o no.

⁷³⁶ . DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit., p. 563.

b) La sentencia recurrida en la se hubiera condenado al demandado al pago de una prestación de pago único, conforme el art. 295 LRJS, *“tendrá derecho a solicitar su ejecución provisional y obtener anticipos a cuenta de aquélla, en los términos establecidos en el Capítulo anterior”*. En relación con esta cuestión me remito a lo dicho anteriormente para la ejecución provisional de cantidad, puesto que no presenta singularidades respecto de la misma.

c) Respecto de las sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social, conforme el art. 296 LRJS, el órgano judicial, a petición del beneficiario y ponderando las circunstancias concurrentes, podrá acordar la ejecución provisional, sin exigencia de fianza. En cualquier caso, las prestaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social deberán ser requeridas para su cumplimiento a las personas físicas o jurídicas que hubieran sido condenadas, sean recurrentes o no.

3.3 La interposición del recurso

No cabe duda que la condena solidaria a las empresas integrantes del grupo puede ser recurrida por todas o algunas de ellas y, no recurriendo todas, el éxito del recurso puede aprovechar al resto de las condenadas⁷³⁷.

⁷³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Rec.2852/2017). *“La doctrina correcta se contiene en la esgrimida de contraste, la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2000 (rec. 4383/1999 (RJ 2001, 1870)), doctrina que hemos de reiterar. “Con base al mandato del art. 1.148 del Código civil (LEG 1889, 27) , la Sala Primera de este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sentencias de 19 de octubre de 1.948, 17 de julio de 1.984 (RJ 1984, 4075) , 28 de abril de 1.988 (RJ 1988, 3297) , 29 de junio de 1.990 (RJ 1990, 4945) , 13 de febrero de 1.993 (RJ 1993, 768)) declarando que “ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios al pago, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamado en los arts. 1141, 1148 y concordantes del Código Civil”. Por su parte esta Sala ha seguido similar doctrina en las sentencias de 15 de junio de 1.988 (RJ 1988, 6023) y 8 de abril de 1991 (RJ 1991, 3256) , afirmando esta última que “debe decidirse la cuestión debatida en el sentido de desestimar la demanda, sin que a ello se oponga que de las dos sociedades demandadas sólo una de ellas haya recurrido, pues... se trata de una condena solidaria, y de conformidad al art. 1141 del Código Civil, si bien las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudican a todos éstos, también “a contrario sensu” la actividad desarrollada por uno de ellos les beneficia en todo lo que es afectante paritariamente”. En el caso que hoy se enjuicia se resuelve en el sentido de no haber razón*

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de febrero de 2020 (Rec. 2852/2017), ha entendido que, si la acción ejercitada por el acreedor es susceptible de perjudicar al resto los deudores solidarios (art. 1141 CC), en contrario, la actividad desarrollada por una de las empresas condenadas beneficie al resto en todo lo que *“afectamente paritariamente”*.

Es decir, éxito del recurso aprovechará al resto de los condenados solidariamente, siempre y cuando, en el recurso se proponga una excepción común, frente aquellas *excepciones personales* alegadas por el recurrente que se basan en sus relaciones personales con el acreedor, ajenas a los restantes deudores solidarios y, que, por tanto, no aprovecharan al resto de deudores solidarios⁷³⁸.

En conclusión, la estimación o desestimación de las excepciones comunes objeto de recurso, si solidaridad jurídica entre los deudores solidarios, no posibilita fallar en forma distinta⁷³⁹ *“cuando la acción que se ejercita contra varios es la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad”*⁷⁴⁰.

alguna por la que las empresas del grupo formen una unidad a efectos de responder de las obligaciones contraídas por una de ellas. No puede, por ello, mantenerse la condena de quienes no fueron empleadoras del actor”.

⁷³⁸ DESDENTADO DAROCA, E. (2006), ob. cit. p.319. “(...)las excepciones comunes(...)por ejemplo, nulidad del contrato por falta de causa o por defectos de formas(...)excepciones personales(...)por ejemplo, los vicios del consentimiento, la remisión hecha a favor de un deudor solidario, la prescripción de la obligación que afecta exclusivamente a uno de los deudores”.

⁷³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2003 (Sentencia 34/2003). *“Este Tribunal ha sostenido en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible, además de con el principio de seguridad jurídica -en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia- con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE (STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5), pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4, entre otras muchas”*.

⁷⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 20 de octubre de 1981 (Rec. 381/1981). *“...porque como reiteradamente tiene declarado esta Sala y resalta su sentencia de 3 de abril de 1946, “cuando la acción que se ejercita contra varios es la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, existiendo solidaridad jurídica entre los demandados a los que se exige una misma prestación, no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado por el solo hecho de serlo, a no ser en mengua de la unidad que debe presidir las resoluciones judiciales dictadas en estas circunstancias”*.

A la hora de preparar el recurso por el recurrente se hace necesario la consignación o aseguramiento de la condena para recurrir. El art. 230.1 LRJS establece que, *"en el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos"*. Así, si las empresas integrantes de un grupo condenadas de forma solidaria recurren sobre el alegato de su no pertenencia al grupo, con el objetivo evitar la responsabilidad solidaria de la condena que la sentencia les atribuye, todas y cada una de ellas deben de efectuar el depósito y la consignación de la condena para recurrir.

En este sentido, la jurisprudencia es unánime en cuanto al contenido de la consignación si se trata de una condena solidaria y en el recurso se cuestiona la solidaridad de la condena. Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado autos que tienen por no preparado el recurso por el recurrente que no depósito la consignación por la cantidad condenada, cuya argumentación consiste en entender que la solidaridad de la condena supone que el cumplimiento de la obligación por uno de los obligados aprovecha a los demás y no sería preciso un depósito por cada uno de los recurrentes. Frente a la alegación de la solidaridad como fundamento de la solidaridad, el Auto de la Sala del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998 (Rec. 1325/1998)⁷⁴¹ razona que *"no hay infracción de los arts. 1137 [y siguientes] del Código civil, pues la solidaridad de la obligación actúa cuando es firme, pero no puede invocarse cuando queda "sub iudice" y no es actuada voluntariamente por quien cumple el requisito del depósito o del afianzamiento"*.

Ahora bien, si se trata de una condena solidaria al grupo de empresas y en el recurso no se cuestiona la solidaridad de la responsabilidad, el pronunciamiento de solidaridad de la sentencia deviene en firme. De modo que debe producir todas las

⁷⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de julio de 1987 (Sentencia 1440/1987).

consecuencias que la ley otorga a tal situación, entre ellos el ser útil a todos los deudores solidarios. Así pues, firme la declaración de solidaridad, podrá un sólo depósito o una sola caución aprovechar al resto⁷⁴².

⁷⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de junio de 2000 (Rec. 2469/1999). Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998 (Rec. 1325/1998).

Conclusiones

En síntesis, en los capítulos anteriores se ha llevado a cabo un análisis de la estructura del grupo y de los problemas que pueden surgir en el seno del grupo de empresas como consecuencia de la movilidad de los trabajadores, de las relaciones laborales colectivas, del derecho de huelga y, de la impugnación y ejecución de las sentencias.

La falta de una regulación laboral específica en el ámbito grupal o, al menos, la necesidad de corregir ciertas desviaciones de la actual legislación, hace cada vez más necesaria una regulación de las relaciones laborales en el seno del grupo. Tal vez porque se trata de una estructura eminentemente económica que tiende a huir de toda formalización jurídica que impida la adaptación continua a las nuevas demandas del mercado, pues las rigideces y controles de una regulación limitarían esa capacidad adaptativa a las cambiantes situaciones del mercado.

Sin embargo, el legislador debe de entender que existe un problema que hay que resolver y que no es suficiente con incorporar el concepto de “grupo” a la normativa tal cual, como una isla en el medio del océano, hay que dotarlo de puentes que nos permitan llegar hasta él. No es suficiente con nombrarlo, es necesario algo más y ese algo más, es darle un encaje jurídico en las relaciones laborales, construir un concepto de grupo de empresas para su posterior aplicación.

Es cierto que el legislador ha regulado aspectos muy concretos de las relaciones laborales grupales, ahora bien, no le ha dado una definición concreta y ha sido labor del jurista dotarlo de sentido, si bien en este sentido las resoluciones de los Tribunales

no siempre han seguido una misma dirección. Lo que tiene que hacer el legislador es integrar el grupo de empresas como un ámbito jurídico de las relaciones laborales y no como un centro de imputación de responsabilidades *per se*.

En este sentido, este capítulo no trata de recoger un resumen de toda la investigación realizada, más bien trata de recoger aquellos aspectos más relevantes de la misma necesarios para construir un ámbito normativo acorde con el modelo empresarial actual. Desechar aquel concepto del grupo fraudulento y convertir al grupo en un ámbito funcional donde valorar las relaciones laborales y aplicar las normas.

1 El grupo de empresas.

En realidad, los grupos de sociedades no son otra cosa que formas de organización, cuyo objetivo es encontrar la dimensión empresarial óptima que facilite la obtención de economías de escala y la reducción del riesgo inversor a través de una estructura empresarial descentralizada en la que se conserva la independencia jurídica de las entidades que lo componen, que persigue mantener la independencia de las empresas integrantes del grupo —siguen siendo titulares de su patrimonio— como centro de imputación del grupo y el sometimiento a una política empresarial común —dirección económica unitaria—.

Lo grupos de sociedades como acabamos de señalar son formas de organización que permiten adaptarse a las fluctuaciones de la demanda con facilidad, motivo por el cual tienden a huir de las rigideces y controles impuestos por las normas. Ello lleva a conceder relevancia jurídica a las relaciones específicas que se establecen entre las integrantes del grupo y a la consideración del grupo como ámbito funcional de aplicación de normas, llevando el tratamiento de aquellos problemas a partir de la consideración de que se está en presencia de una realidad no solo económica sino también jurídica, pese a la pluralidad de empresas.

Pese a todo, la independencia jurídica es relativa en cuanto que la actuación de las sociedades de un grupo bajo una dirección unitaria puede derivar en un perjuicio para

una de tales sociedades y, por extensión, para sus socios, sus acreedores y trabajadores.

En este contexto, se trata de determinar aquellas estructuras mercantiles que responden a esquemas de colaboración en el tráfico mercantil, de aquellas otras relaciones empresariales donde las sociedades intervinientes constituyen el ámbito funcional donde valorar la relación laboral del trabajador. Para ello, se hace necesario distinguir entre grupos de empresas mercantiles y grupos de empresas laborales

El problema se planteaba a la hora de constituir un marco conceptual unitario.

2 Evolución jurisprudencial de los grupos de empresas

La inexistencia de un tratamiento jurídico de los grupos de empresa ha impulsado a la jurisprudencia de nuestros Tribunales, en su labor integradora del ordenamiento jurídico, a ir perfilando su conceptualización y comienza a tener carta de naturaleza jurídica.

La doctrina jurisprudencial parte de la licitud de los grupos de sociedades, como un modelo empresarial basado en razones técnicas y organizativas de la división del trabajo. En principio, considera irrelevantes los vínculos societarios para determinar la responsabilidad laboral de los grupos de empresa, salvo, que concurra en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio del trabajador. Para acreditar la responsabilidad del grupo la doctrina jurisprudencial ha establecido un sistema indiciario, es decir, la existencia de un nexo o vinculación que reúna ciertas características para que el fenómeno de la agrupación de empresa tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales: dirección unitaria, confusión de patrimonio y confusión de plantillas.

En realidad, lo que ha hecho la doctrina jurisprudencial es dar un tratamiento fraudulento al grupo de empresas, en el marco de una conducta estratégica utilizada en perjuicio del trabajador cuando: se programan desviaciones patrimoniales de una sociedad a otra descapitalización de la empresa, disminuyendo su actividad a fin de justificar la extinción de contratos, redireccionando todos o la mayoría de clientes del

grupo a una determina empresa del grupo; se facturan servicios entre empresas del grupo por debajo del valor de mercado; se factura en favor de varias empresas en detrimento de los trabajos realizados por otras empresas del grupo; o cuando no encontramos ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, a través de la existencia de una confusión patrimonial o de una confusión de plantillas. En este contexto, la comunicación de la responsabilidad no deviene de la dirección unitaria, sino del hecho de que esta se ejerce anormalmente y se causa perjuicio a los trabajadores.

Además, nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora la presencia de un conjunto de circunstancias para concluir que se ha producido una utilización desviada del instituto de la personalidad jurídica, a través de la técnica de levantamiento del velo de la persona jurídica. No se trata de una lista acumulativa, ni de una lista cerrada, al contrario, se trata de un listado abierto que permite la presencia de cualquier otro elemento adicional. Ahora bien, no todas aquellas actuaciones que vayan más allá del marco de empresa pueden ser generadora de una responsabilidad solidaria del grupo, sino solamente aquellas situaciones posibles que puedan reconducirse a romper con la nota de autonomía e independencia de la persona jurídica que entre ellas hayan existido relaciones que tengan transcendencia jurídica.

La figura selectiva de la responsabilidad en el seno del grupo cubre el catálogo teórico de situaciones posible para acreditar la utilización de desviada de la personalidad jurídica. Ello ha dado lugar a un criterio jurisprudencial sobre el grupo de empresas laborales basado en la acumulación de elementos indiciarios que ha venido repitiendo la doctrina judicial desde entonces, si bien su aplicación en los diferentes litigios ha sido quizá excesivamente casuística y de difícil sistematización. De esta manera, los indicios que pueden apoyar una determinada solución han servido para defender la contraria en el caso siguiente.

En este contexto, desde el punto de vista del análisis jurídico es interesante realizar una reflexión sobre la importancia de los grupos en el tratamiento jurídico laboral, más allá de la búsqueda artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real o, en general, la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores.

3 La transcendencia de los grupos de empresas en el ámbito de las relaciones laborales

Así pues, al abordar el tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresa, nos encontramos con tres escenarios posibles; a) la licitud de los grupos de sociedades, basado en razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo, no generando efectos significativos en el ámbito laboral; b) la irrelevancia de los vínculos societarios queda exceptuada, cuando determinados elementos de actuación conjunta empresarial; y c) la utilización ilegítima del privilegio de la responsabilidad limitada en perjuicio de los trabajadores y que, por ello, resulta justificada la ruptura del principio de separación patrimonial y la comunicación de responsabilidades.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, la doctrina ofrece una respuesta para los dos extremos, pues en el primer caso prevalece la irrelevancia de los vínculos societarios, lo que implica esferas de actuación y de responsabilidad plenamente autónomas para las sociedades intervinientes; y, en el otro extremo, todo lo contrario, la extensión de responsabilidades a todas las empresas como unidad empresarial que son. Respecto del supuesto intermedio, hay que partir del hecho de que la circulación de trabajadores en el seno del grupo obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de la actividad productiva, considerándose una práctica en principio lícita, aplicando por analogía las responsabilidades que contempla el artículo 43 ET, es decir, la responsabilidad solidaria de la empresa cedente o cesionaria frente al trabajador. Por lo tanto, la prestación de servicios que se produce en el marco de empresas normalmente relacionadas entre sí por su pertenencia a un grupo mercantil no lleva aparejada su

conversión en un grupo a efectos laborales y, por consiguiente, el que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia, todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas las empresas que reciban la prestación frente al trabajador.

En estos momentos, el legislador tiene un reto en este sentido cual es la regulación de los grupos de empresas en el ámbito de las relaciones laborales.

4 Propuesta de regulación de las relaciones laborales en el ámbito del grupo de empresas

Se hace necesario partir de un concepto unitario de grupo. Para ello, es interesante el matiz que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2013) hace a la jurisprudencia doctrinal que hasta la fecha se había dado. La Sala determinó que el concepto de grupos de empresas ha de ser —y es— el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, y matiza, sin perjuicio de producir singularidades concretas en sus diversos ámbitos de actuación —fiscal, mercantil y laboral—.

La doctrina jurisprudencial define el grupo como el integrado por el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica. Concurren dos elementos: “a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial -mantienen la titularidad del patrimonio- cuanto en el organizativo —se estructuran por sus propios órganos—; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que, en todo caso, ha de alcanzar a las decisiones financieras —política empresarial común—, bien sea en términos de control —grupos verticales o de subordinación—, bien en los de absoluta paridad —grupos horizontales o de coordinación—”. El elemento fundamental es la dirección unitaria. Para la doctrina mercantilista “no basta la simple situación de control, derivada de la titularidad de acciones o participaciones y la identidad de los miembros de órganos de administración, sino que es preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva, imponiendo una política empresarial común”. Pero en el campo del Derecho

del Trabajo, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario, que es el concepto que sigue el art. 42 CC, al entender que una sociedad es dominante de otra cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración.

Bajo tales circunstancias el grupo de empresas plantea un nuevo escenario a la hora de dar respuesta a cuestiones tales como: a) La determinación del empleador o, al menos, la identificación del destinatario de la imputación de responsabilidades; b) en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, traslados, cesión de trabajadores; c) en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, unidad de cómputo en el despido colectivo, ámbito de apreciación de la extinción de contrato de trabajo por causas económicas, negociación colectiva; y d) en temas procesales, capacidad y legitimación en juicio, la identificación del sujeto pasivo en las ejecuciones procesales.

Y es en este contexto, donde el legislador debe iniciar su función normativa, Comenzado por una definición del grupo de empresas, para, a continuación, reglar el ámbito de las relaciones laborales y, no tener que ser el jurista quien conforme la regulación laboral de los grupos de empresas.

Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C.L (2014), "Conflictos colectivos", en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch
- APILLUELO MARTIN, M. (1996), "Grupos de empresas y derecho del Trabajo". *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 1996, Ref. XVIII, tomo 1. LA LEY.
- APILLUELO MARTIN, M. (2013), "Grupo de empresas y despido colectivo". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 11/2013. Editorial Aranzadi. BIB 2013/430.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P.(1996),"Problemas sustantivos y procesales adyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas laborales". *Revista de Derecho Laboral*, número 17.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2009), "Procedencia del despido económico individual en un Grupo de Empresas". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 9. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2009\800.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L (2009), "Derechos de Grupos de Sociedades". Aranzadi, S.A.U. BIB 2009/403.
- BAZ RODRÍGUEZ, J . (2002), *Las relaciones de trabajo en la empresa del grupo*. Comares.
- BAZ RODRÍGUEZ, J . (2015),"El despido colectivo en las empresas de grupo. Viejos y nuevos problemas, tras el cambio de modelo normativo 2012-2014". *Revista Trabajo y Derecho*, número 1.
- BELTRÁN MIRALLES, S.(2000),"Comentario a la Directiva Comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios". *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina.

- BENLLOCH SANZ, P. (2012), "La operatividad del "descuelgue salarial" en los grupos de empresa". Revista Doctrinal Aranzadi Social, número 3. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2012\1011.
- BERTRÁN MENDIZABAL, F. (1985), "Los grupos de sociedades: algunos aspectos financieros, laborales y fiscales", *Hacienda Pública Española*, número 94.
- BLASCO PELLICER, A. (1992), "Grupos de sociedades y derecho del trabajo: problemática de la ejecución provisional de sentencias". *Aranzadi Laboral*, número 2.
- BLASCO PELLICER, A. (2014), "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario", en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), *Derecho del Trabajo*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- BOLDÓ RODA , C. (1993), *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Editorial Tecnos.
- BOLDÓ RODA , C. (1996), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*. Aranzadi.
- CAÑIBANO CALVO, L. (1977), "La información financiera en los grupos de sociedades". *Alta Dirección*, número 77.
- CAMPS RUIZ, L.M (1986), "El concepto laboral de empresario. Comentario al art. 1.2 ET", en AA. VV (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I. Edersa.
- CAMPS RUIZ, L.M (1990) "Tratamiento Laboral de los Grupos de Sociedades". *Actualidad Laboral*, número 34.
- CAMPS RUIZ, L.M (1994), "La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades", en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), *Aspectos Laborales de los Grupos de empresa*. Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2017), "Eficacia temporal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y ultraactividad". *Derecho de las relaciones laborales*, número 5.

- CEGARRA CERVANTES, F. J (2002), "El incumplimiento de los objetivos establecidos por una entidad bancaria como causa de despido: un reexamen de la cuestión desde la problemática de los grupos de empresas". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* número, 9. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2002\1281.
- CORTE HEREDERO, N. (1995), *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Lex Nova.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1992), *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*. Trotta.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1996), "Notas acerca del régimen contractual laboral de los grupos de empresa". *Temas laborales*, número 38.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984), *Derecho civil de España*, Tomo II. Civitas.
- DE NIEVES NIETO, N. (2015), "La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios". *Revista Derecho y Trabajo*, número 4.
- DE QUINTANA PELLICER, J (2000), "La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial". *Revista Actualidad Laboral*, núm. 10.
- DE VAL TENA, A.L (1998), "Amortización de puestos de trabajo por causas económicas y grupo de empresas: el ámbito de referencia para la aplicación del artículo 52.c) ET". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. II. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 1998\636.
- DE VAL TENA, A.L (1999), "Promoción de un trabajador de la plantilla a un cargo de dirección: problemática de la "movilidad" entre sociedades del mismo grupo empresarial". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. I. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 1999\954.
- DEL REY GUANTER, S. (1994), "Los despidos por "causas empresariales" y fuerza mayor: líneas de la reforma -arts. 51 y 52, c) ET-. *Revista Laboral*, número 17.
- DESDENTADO BONETE A. Y DESDENTADO DAROCA E. (2014), *Grupos de empresas y despidos colectivos*. Lex Nova.

- DESDENTADO BONETE, A. (2002), “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 38.
- DESDENTADO BONETE, A. (2014), “¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 02.
- DESDENTADO BONETE, A. (2015), “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, de 1 de julio de 2015, número 4.
- DESDESTADO DAROCA, E. (2006), *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*. Lex Nova.
- DÍEZ PICAZO, L. (1974), “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”. *Documentación Jurídica*, número 4.
- DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. (2005), “Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos”. *Revista Aranzadi Social*, tomo V, 2005.
- DUEÑAS HERRERO, L.J. (1995), “El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Sentencia de la Sala Cuarto del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”, *Relaciones Laborales*, Tomo II .
- DUEÑAS HERRERO, L.J. (1997), “Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo”, *Derecho de los Negocios*, número 76.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1977), “Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en AAVV., *Libro “Homenaje a Roca Sastre”*. Volumen III.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1985), “Los grupos de sociedades y las cuentas consolidadas. Reforma pendiente del derecho mercantil”. *Hacienda Pública Española*, número 94.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1989), “El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 35.
- EMBID IRUJO J.M. (1985), “Caracterización jurídica de los grupos de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I.
- EMBID IRUJO J.M. (1991), *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*. Editum. Universidad de Murcia.
- EMBID IRUJO J.M. (1994), “La problemática de los grupos en la reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad limitada”. *Derecho de Sociedades*. Aranzadi.
- EMBID IRUJO J.M. (1994), “Notas sobre los grupos de sociedades y su régimen jurídico”, en AA.VV. (CAMPS RUIZ, coord.), *Aspectos laborales de los grupos de empresas*. Consejo General del Poder Judicial.
- EMBID IRUJO J.M. (2003), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Comares.
- ESTEVE GARCIA, M^a. A. (2001), “Los grupos de sociedades y contratos de trabajo”. Tesis Doctoral.
- ESTEVE GARCIA, M^a. A. (2003), “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”. *Quaderns de Ciències Socials*, número 10.
- ESTEVE GARCIA, M^a. A. (2002), *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Tirant Lo Blanch.
- ESTEVE GARCIA, M^a. A. (2002), “El marco de referencia en los procedimientos de consulta en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberian Partners”. *Revista de Información Laboral*, número 6/2014. Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. BIB 2014/2873.
- ESTEVE GARCIA, M^a. A. (2007), “Puntos críticos en la construcción jurisprudencial de los grupos de empresa en el ámbito laboral”. *Revista El Derecho*, número 1.
- FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F (2009), “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave”. La Mutua. Número 21.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*. Editorial Edersa.

- GALIANA MORENO, J. (1980), "La readaptación judicial del Derecho del Trabajo (el sentido de la equidad y la jurisprudencia). *Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 3.
- GALIANA MORENO, J. M^a. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (1990), "Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas multinacional (I) y (II)". *Actualidad Laboral*, Tomo III .
- GÁRATE CASTRO, J. (2013), "La nueva regulación de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos estatutario (1)". Esta doctrina forma parte del libro "*La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*". Edición nº 1. LA LEY. Pág. 15. La Ley 1399/2013.
- GARCIA BLASCO, J. (1994), "La movilidad funcional y geográfica de los trabajadores en los grupos de empresa", en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial
- GARCÍA MURCIA, J. (1990), "Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa". *Revista Tribuna Social*, número 98.
- GARCÍA MURCIA, J. (2013), "La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional". *Revista Relaciones Laborales*, número 12.
- GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA F. (2000), "Despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción". *Revista relaciones laborales*, número 4/12.
- GIL SUÁREZ, J.L (1990), "Las partes procesales. Capacidad y legitimación procesales", en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral* (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), tomo XIII, volumen 1º. Edersa.
- GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *La empresa de Grupo y el derecho de sociedades*. Comares.
- GIRÓN TENA, J. (1965), "Los grupos de sociedades", en *Las grandes empresas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid.

- GOERLICH PESET, J.M (2014), “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos», *Revista de Información laboral*, Art. Doctrinal, 5/2014. LEX NOVA. BIB 2014\2250.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1989), “Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales”. *Relaciones Laborales*, número 21.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2015), “Aspectos procesales sobre los despidos colectivos en la doctrina del Tribunal”. *Revista Aranzadi Doctrina*, número 5/2015. BIB 2015/1325.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (2015), “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el periodo de consultas”. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número 4.
- GOSELLI HERNÁNDEZ, J. (2004), “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, número 198.
- GOSELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. (1999) “Grupos de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”. *Revista Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. X, tomo 1. La Ley. Pág. 147. La Ley 3010/2001.
- HIERRO HIERRO, F.J (2010), “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado art. 15.5 ET (II). BIB 2010/7072.
- LAHERA FORTEZA, J. (2019), “Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)”. *Derecho de las relaciones laborales*, número 3.
- LAHERA FORTEZA, J., NOGUEIRA GUASTAVINO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F (2008), “Otros supuestos carentes de reglas específicas en materia de legitimación negocial: empresas red intersectoriales”. Esta doctrina forma parte del libro “Manuela Jurídico de Negociación Colectiva”. LA LEY 1486/2010.
- LÓPEZ BUSTABAD, I.J. (2018), “El levantamiento del velo de la persona jurídica: una doctrina impredecible”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 107/2008. Civitas, S.A.

- LÓPEZ GANDÍA, J.V (2014), "El ingreso del trabajador en la empresa", en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch
- LUJÁN ALCARAZ, J. (1996), "Los grupos de empresa ante el Derecho del Trabajo". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Tomo IV. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 1996\1452.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1982), "Cesión de trabajadores", en AA. VV. (E. BORRAJO DACRUZ, dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo VIII. Edersa, 1982.
- MARTÍNEZ BARROS, M^a. R. (1993), "Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 62.
- MARTÍNEZ BARROS, M^a. R. (2001), "La nueva definición del "empresario" a resultas de la cada vez más frecuente descentralización productiva", *Estudios Financieros*, número 226.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R. (2002), "La nueva definición del "empresario" a resultas de la cada vez más frecuente descentralización productiva". *Revista Estudios Financieros*, número 2.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R. (1993),"Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas". *Revista Española de Derecho de Trabajo*, número 62.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (1992), "La circulación de trabajadores entre empresas de un mismo grupo y derechos de antigüedad". *Revista Española de Derecho de Trabajo*, número 51.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1989), "La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios). *Revista de Derecho Mercantil*, número 192.
- MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. (2007), "A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 18. BIB 2007/2512.
- MARTÍNEZ MORENO, C.(1998), "Grupos de empresas y responsabilidad empresarial". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. II. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 1998\471.
- MOLERO MANGLANO, C. (2013), "Convenios colectivos: La legitimación a negociar y el procedimiento de negociación". *Revista Actualidad Laboral*, número 11.
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L. (2001), "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral", *Relaciones Laborales*, número 7.

- MOLERO MARAÑÓN, M.^ª L. (2015), “Derecho de información y consulta y reestructuración de empresas, a debate. *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número 7.
- MOLINA NAVARRETE, C. (1995), “Una nueva fase en el proceso de normalización de las prácticas de grupo: la empresa colectiva articulada como ámbito adecuado para la acción social”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1995.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2014), “Grupo de empresas y despidos colectivos: disfunciones prácticas de la distinción entre usos patológicos y fisiológicos”. *Revista Actualidad Laboral*, número 7.
- MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S. (1993), “Los nuevos escenarios de la “flexibilidad” en el sistema de relaciones laborales. El “Grupo” como nivel específico de negociación de empresa”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Tomo I.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2013), “Los grupos de empresas con responsabilidad laboral y las irregularidades en el periodo de consultas del despido”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 10. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2013\250.
- MORENO GENÉ, J. (2008), “La Cesión definitiva de trabajadores en enmarco de un grupo de empresas: novación modificativa versus novación extintiva del contrato de trabajo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 01. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2008\495.
- MONEREO PÉREZ, J.L (1985), “Aspectos laborales de los grupos de empresas”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 21.
- MONEREO PÉREZ, J.L (1991), “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores”. *Ponencia a las X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. La Rábida. Huelva. Trotta.
- MONEREO PÉREZ, J.L (1997), *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho de Trabajo*. Comares.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C. (1990), “La negociación colectiva en los grupos de empresa: problemas, tendencias y perspectivas”. *Revista Tribuna Social*, número 98.

- MONTERO AROCA, J. (1993), "Comentario al art. 16 de la LPL", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, I.
- MONTOYA MELGAR, A. (1983), "Empresas multinacionales y relaciones de trabajo". *Revista de Derecho de Trabajo*.
- MONTOYA MELGAR, A. (2000), "Artículo 16", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Aranzadi.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERON, B., CAVAS MARTÍNEZ, F., LUJAN ALCARAZ, J. (2014), "Curso de procedimiento Laboral". Tecnos.
- MORENO GENÉ, J., (2003), *Aspectos jurídicos-laborales de las empresas filiales. La identificación del empresario responsable*. Tecnos.
- OJEDA AVILES, A. (1990), *Derecho Sindical*. Tecnos.
- OJEDA AVILES, A. (2010), "Redes de empresas". Esta doctrina forma parte del libro "La desconstrucción del derecho del trabajo". Edición número 1. La Ley 14451/2010.
- ORTÍZ LALLANA, M^a C. (1985), "Los grupos de empresas: determinación del empresario responsable". *Actualidad Laboral*, número 39-40, 1985.
- ORTIZ VAAMONDE, S. (2004), *El levantamiento del velo en el Derecho administrativo: Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. La Ley.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1980), "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: Las Comunidades de bienes". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 2.
- PAZ ARES, C. (1999), "La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica", en AA.VV (URÍA-MENÉNDEZ), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I. Civitas.
- PAZ ARES, C. (1983), "Sobre la infracapitalización de las sociedades". *Anuario de derecho Civil*, número 36.
- PAZ ARES, C. (1994), "La infracapitalización. Una aproximación contractual". *Revista de derecho de sociedades*.

- PENDAS DIAZ, B. (1987), "La figura del grupo de empresas y otras afines en el ámbito laboral". *Revista de Derecho Laboral*.
- PÉREZ ALONSO, M^a. A. (1992), "Algunas cuestiones laborales sobre los grupos de empresa". *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, número 8.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1991), "La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español." *Documentación Laboral*, número 33.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1991), "Sobre la movilidad de los trabajadores en los grupos de empresa (a propósito de la STS 26 de noviembre 1990)". *Tribuna Social*, número 11.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1998), "El desvelo de los grupos de empresa". *Aranzadi Social*. BIB 1998/424.
- PLA RODRIGUEZ, A. (1981), "Los grupos de empresa". *Revista de derecho del Trabajo*, número 6.
- QUIRÓS FONTS, A. (2003), "Alta Dirección en grupo de empresas. Delimitación y cuestiones sobre competencia judicial y ley aplicable derivadas del contrato individual de trabajo". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 4. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2003\609.
- RAMOS QUINTANA, M.I (2015), *La responsabilidad laboral de los grupos de empresa*. Bomarzo.
- RIVERO LAMAS, J. (1992), "La legitimación empresarial para la negociación colectiva (Asociaciones empresariales legitimadas para negociar: La legitimación en grupo de empresas)". *Revista Relaciones Laborales*, número 2.
- RIVERO LAMAS, J. (2000), "La descentralización productiva y las nuevas formas de organizativas de trabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, MTASS.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (1992), "La huida del Derecho del Trabajo". *Relaciones Laborales*, Tomo I.

- RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1975), "Hacia un derecho del grupo de sociedades". *Revista de Derecho Financiero y hacienda Pública*, Vol. XXV.
- SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), "El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas". *Revista de Derecho Mercantil*, números 165-166.
- SALA FRANCO, T. (1994), "Las relaciones colectivas en los grupos de empresa", en AA. VV. (CAMPS RUIZ, coord.), Aspectos Laborales de los Grupos de empresa. Consejo General del Poder Judicial.
- SALA FRANCO, T. (2014), "La negociación colectiva", en AA. VV. (CAMPS RUIZ y RAMÍREZ MARTÍNEZ, coord.), Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch.
- SALINA MOLINA, F. (1994), "Problemas procesales: grupos de empresa y ejecución de sentencias: el empresario como ejecutado", en AA. VV A. BAYLOS y L. COLLADO, dirs.), *Grupos de empresas y derecho del Trabajo*. Trota.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2000), "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 77.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A (2004), "El contrato individual de trabajo en el espacio internacional". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 13. BIB 2004/1665.
- SANTIAGO REDONDO, K.M (1991), "Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores". *Relaciones Laborales*, Tomo 2.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2010), "Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET". *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9. BIB 2010/2501.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (1996), Negocio familiar, fórmula societaria y "levantamiento del velo". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Tomo IV. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 1996\1455.
- SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ (2004), "El derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: Inventario". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 48.

- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ F. (2001), "Claro oscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa". Revista Doctrinal Aranzadi número 10. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2001\1007.
- SERRANO OLIVARES, R. (2014), "Grupos de empresa a efectos laborales y cash pooling". *Revista Iuslabor*, número 1.
- SERRANO ARGÜESO, M. (2002), "La confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores". Revista Doctrinal Aranzadi Social, número 19. Aranzadi, SA, Pamplona. BIB 2002\13.
- SUAREZ GONZÁLEZ, F. (1983), *Derecho de trabajo*. Unidades didácticas. Tomo I.
- TAPIA HERMINA, A. (1995), "Los grupos de empresas: diferencias entre la perspectiva mercantil y laboral de grupos (a propósito de la STS de 29 de mayo de 1.995)". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 59.
- TAPIA HERMINA, A. (2010), "Grupos de sociedades mercantiles y transmisión de empresas". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 334.
- TAPIA HERMINA, A. (2011), "Despidos colectivos en grupo de empresas (empresarios grupo de empresas)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 325.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000), *Los "Grupos de empresas" ante la Jurisdicción social española*. Tirant Lo Blanch.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N. (2012), "El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red". *Revista Trabajo y Seguridad Social*, número 356.
- URÍA RODRIGO, A. (1949), "Teoría de la concentración de empresas". *Revista de Derecho Mercantil*, número 24.
- VALDÉS DAL-RE, F. (1990), "Comentario al art. 16 LPL", en AA. VV., *Ley de procedimiento Laboral*. Análisis y comentarios al R.D Legislativo 521/90, de 27 de abril.
- VALDÉS DAL-RE, F. (2001), "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa". *Relaciones Laborales*, número 18.

- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001), “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”. *Relaciones Laborales*, número 20.
- VALVERDE ASECIO, A.J. (1998), “Los supuestos de grupos de empresa en la jurisprudencia más reciente: reflexiones críticas”. *Estudios Financieros*, número 55.
- VAZQUEZ MATEO, F. (1985), “Grupos de empresas y derecho individual del trabajo”. *Revista Derecho Laboral*, número 16.
- VICENT CHULIÁ, J. (1991), “Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo”. *Derecho de los Negocios*, número 76.
- VIDAL LÓPEZ, P. (2014), “La “Jibarización” empresarial y la empresa descabezada: comentario a las SSAN, sala de lo social, de 20 enero 2014”. *Actualidad Jurídica*, número 880. Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. (BIB 2014\591)